

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - CURSO DE DOUTORADO
EM DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS

SANDRO MARCELO KOZIKOSKI

REPERCUSSÃO GERAL E EFEITO VINCULANTE:
NEOCONSTITUCIONALISMO, *AMICUS CURIAE* E A PLURALIZAÇÃO DO
DEBATE

CURITIBA
2010

SANDRO MARCELO KOZIKOSKI

**REPERCUSSÃO GERAL E EFEITO VINCULANTE:
NEOCONSTITUCIONALISMO, *AMICUS CURIAE* E A PLURALIZAÇÃO DO
DEBATE**

Tese apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Direito das Relações Sociais – Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito das Relações Sociais.

Orientador: Professor Doutor Luiz Guilherme Marinoni.

**CURITIBA
2010**

TERMO DE APROVAÇÃO

SANDRO MARCELO KOZIKOSKI

**REPERCUSSÃO GERAL E EFEITO VINCULANTE:
NEOCONSTITUCIONALISMO, *AMICUS CURIAE* E A PLURALIZAÇÃO DO
DEBATE**

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em
Direito das Relações Sociais, Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de
Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná

1º Examinador: _____
Dr. Luiz Guilherme Marinoni
Professor Titular de Direito Processual Civil.
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

2º Examinador: _____

3º Examinador: _____

4º Examinador: _____

5º Examinador: _____

Curitiba, agosto de 2010

AGRADECIMENTOS

Renovo, nesta oportunidade, o agradecimento por todo apoio recebido na realização deste trabalho. Ao meu orientador, Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni, fica o registro especial pelo apoio e pela confiança depositada e demonstrada ao longo das etapas da pesquisa.

Aos servidores da Pós-Graduação da UFPR, registro que o devotamento em prol de seus afazeres não passou despercebido.

Aos professores que participaram da banca prévia de qualificação (Dr. Alcides Alberto Munhoz da Cunha, Dr. Sergio Cruz Arenhart e Dr. Eduardo Appio) ficam os registros pelas contribuições e críticas direcionadas à pesquisa.

Da mesma forma, os meus especiais agradecimentos à colega e professora Estefânia Barboza, que compartilhou vasta literatura estrangeira de sua pesquisa.

Agradecimentos especiais ao meu irmão Antonio Claudio Kozikoski Jr. e a Vanessa de Mello Brito, que se dedicaram ao (enfadonho) trabalho de revisar o texto.

Aos integrantes do escritório AKMPS – Aguiar, Kozikoski, Marrafon, Pansieri & Schier – Sociedade de Advogados, o carinho deve ser proporcional à quantidade de *surtos* registrados no período de redação do trabalho.

Não posso deixar de assinalar, por fim, que os autores e as obras consultados não podem ser responsabilizados por eventuais leituras equivocadas ou (pré)compreensões que possam ter desnaturado o sentido de suas colocações originárias. O olhar precário e fugidio do autor, em prol da construção da tese aventada, pode ter influenciado qualquer equívoco neste sentido. Caso isso tenha ocorrido, ficam registradas as prévias desculpas.

A meus pais e à minha família, apesar de parecer “lugar-comum”, faltam-me palavras para expressar tudo que representaram na minha caminhada até aqui. Obrigado pelo apoio recebido.

De que Serve a Bondade

1

De que serve a bondade
Quando os bondosos são logo abatidos, ou são abatidos
Aqueles para quem foram bondosos?

De que serve a liberdade
Quando os livres têm que viver entre os não-livres?

De que serve a razão
Quando só a sem-razão arranja a comida de que cada um precisa?

2

Em vez de serdes só bondosos, esforçai-vos
Por criar uma situação que torne possível a bondade, e melhor;
A faça supérflua!

Em vez de serdes só livres, esforçai-vos
Por criar uma situação que a todos liberte
E também o amor da liberdade
Faça supérfluo!

Em vez de serdes só razoáveis, esforçai-vos
Por criar uma situação que faça da sem-razão dos indivíduos
Um mau negócio!

Bertold Brecht, in 'Lendas, Parábolas, Crónicas, Sátiras e outros Poemas'
Tradução de Paulo Quintela

"... mesmo a *judicial review* é apenas um instrumento nas mãos de humanos, e humanos,
naturalmente, não são deuses" (Mauro Cappelletti).

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.

As premissas da tese e a hipótese de investigação.

CAPÍTULO I. A APROXIMAÇÃO ENTRE AS VERTENTES CLÁSSICAS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A EXPANSÃO DO EFEITO VINCULANTE NO BRASIL.

1.1. As origens do sistema <i>híbrido</i> de controle de constitucionalidade adotado no Brasil.	17
1.1.1. A emergência do constitucionalismo e o postulado da supremacia constitucional.	17
1.1.2. O advento do <i>judicial review</i> nos EUA.	23
1.1.3. A proposta kelseniana e a Constituição austríaca de 1920.	30
1.1.4. A consolidação da supremacia constitucional diante dos novos programas normativos adotados pelas Constituições do pós-guerra.	36
1.2. A agregação dos instrumentos e técnicas de controle de constitucionalidade na jurisdição brasileira.	39
1.2.1. A inauguração do controle difuso no Brasil e o regramento constitucional subsequente.	39
1.2.2. A adoção do controle concentrado na experiência brasileira.	43
1.2.3. A Constituição de 1988 e a agregação de novas ferramentas.	46
1.3. A Emenda n.º 03/1993 e a constitucionalização do efeito vinculante no Brasil.	51
1.3.1. A conformação da ação declaratória de constitucionalidade (EC n.º 03/1993)	51
1.3.2. A edição da Lei n.º 9.868/1999.	56
1.3.3. A ADPF e a Lei n.º 9.882/1999.	62
1.4. A Emenda n.º 45/2004 e os seus reflexos na jurisdição constitucional brasileira.	70
1.4.1. A EC n.º 45/2004 e a padronização do efeito vinculante no controle concentrado.	70
1.4.2. As súmulas vinculantes.	71
1.4.3. O prestígio emprestado ao efeito vinculante: mutação constitucional em curso.	73
1.5. O recurso extraordinário como principal “ferramenta” do controle difuso.	81
1.5.1. As características peculiares do recurso extraordinário.	81
1.5.2. Hipóteses de cabimento: breves considerações acerca dos permissivos constitucionais.	86
a) Alínea “a” do art. 102, III, da Constituição Federal.	86
b) Alínea “b” do art. 102, III, da Constituição Federal.	87
c) Alínea “c” do art. 102, III, da Constituição Federal.	89
d) Alínea “d” do art. 102, III, da Constituição Federal.	90
e) A demonstração da repercussão geral da questão constitucional (art. 102, § 3º, da Constituição Federal).	91
1.5.3. A primazia conferida ao controle concentrado de constitucionalidade e a <i>anunciada</i> “crise” do modelo difuso.	92

1.6. Os reflexos da transposição do sistema difuso na tradição da <i>civil law</i>	101
1.6.1. A implantação do controle difuso no Brasil: a tentativa de transposição da experiência traçada para a <i>commow law</i>	105
1.6.2. A Constituição de 1934 e a implantação da resolução senatorial.....	105
1.6.3. Por uma nova compreensão da resolução senatorial em matéria de controle difuso.....	111

CAPÍTULO II. CONTENCIOSO CONSTITUCIONAL, PARTICIPAÇÃO DE *AMICUS CURIAE* E A PLURALIZAÇÃO DO DEBATE DIANTE DOS INFLUXOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO.

2.1. O percurso evolutivo do instituto do “<i>amicus curiae</i>”, os processos objetivos de controle de constitucionalidade e a abertura para manifestação de outros “órgãos e entidades”	116
2.1.1. As origens e o percurso evolutivo do instituto do <i>amicus curiae</i>	116
a) O surgimento no direito inglês.....	116
b) O desenrolar do instituto no cenário norte-americano.....	118
c) A experiência de outros países e das organizações internacionais.....	123
2.1.2. <i>Amicus curiae</i> e a fiscalização de constitucionalidade no Brasil.....	128
a) A participação de <i>amicus curiae</i> na fiscalização <i>abstrata</i> de constitucionalidade.....	128
b) O ingresso de <i>amicus</i> no controle incidental de constitucionalidade.....	132
2.1.3. As principais modalidades de manifestações interventivas presentes no direito brasileiro.....	133
a) Hipóteses de manifestações interventivas anômalas.....	133
b) As manifestações interventivas relacionadas com as projeções da jurisdição constitucional.....	137
2.1.4. A relevância, a representatividade e as prerrogativas processuais do <i>amicus curiae</i> no contencioso constitucional.....	142
a) A relevância e a representatividade e o perfil dos <i>amici curiae</i> no STF.....	142
b) As prerrogativas processuais do <i>amicus curiae</i>	144
2.2. A pluralização do debate constitucional	151
2.2.1. A pluralização do debate e a importância do papel desempenhado pelos <i>amici curiae</i>	151
2.2.2. Pluralismo e participação.....	155
a) O pluralismo e as sociedades contemporâneas.....	155
b) Os mecanismos de participação do cidadão na área da administração pública.....	162
2.2.3. A importância da ampliação do debate na seara do controle difuso.....	167
2.2.4. A inexistência de um controle de constitucionalidade <i>asséptico</i> e a importância do <i>amicus curiae</i> : os exemplos das células-tronco embrionárias (ADI n.º 3.510) e da justiça de <i>transição</i> (ADPF n.º 153-6).....	169
2.2.5. Muitos amigos?.....	177
2.3. A questão envolvendo o <i>deficit</i> democrático da jurisdição constitucional	181
2.3.1. Os intrincados arranjos entre constitucionalismo e democracia.....	181
2.3.2. A questão envolvendo o <i>deficit</i> democrático e a função desempenhada pelos <i>amici curiae</i>	185
2.4. Jurisdição constitucional e neoconstitucionalismo	191

2.4.1. Os momentos do constitucionalismo mundial.....	191
2.4.2. As <i>ousadias</i> do neoconstitucionalismo.....	195
2.4.3. O “fardo” confiado ao Judiciário.....	199
2.5. O ideário da segurança jurídica, o papel desempenhado pela jurisprudência e os reclamos pela implantação do efeito vinculante.....	213
2.5.1. O ideário da segurança jurídica.....	213
2.5.2. O tempo da “jurisdição constitucional”.....	221

CAPÍTULO III. OS REFLEXOS DA FILTRAGEM SELETIVA NO CENÁRIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DIFUSA E A EXPANSÃO DO EFEITO VINCULANTE.

3.1. A demonstração da repercussão geral das questões constitucionais em sede de recurso extraordinário e os mecanismos que lhe antecederam.....	228
3.1.1. O espelho da Suprema Corte americana e a implantação tardia do critério de seletividade dos julgamentos (EC n.º 45/2004).....	228
3.1.2. Os mecanismos de filtragem que antecederam a exigência da repercussão geral em sede de recurso extraordinário (<i>jurisprudência defensiva?</i>).....	230
3.1.3. A experiência similar de outros países.....	240
a) O modelo americano.....	241
b) O sistema argentino.....	242
c) O padrão alemão.....	243
3.1.4. A regulação do instituto por meio da Lei n.º 11.418/2006.....	244
3.1.5. O exame de admissibilidade da repercussão geral das questões constitucionais.	248
3.1.6. A Emenda Regimental n.º 21/2007 e a coleta eletrônica de votos.....	253
3.1.7. O mecanismo de <i>sobrestamento</i> dos recursos extraordinários versando matéria idêntica e a técnica de julgamento por amostragem.....	259
3.2. Os reflexos da filtragem seletiva no cenário da jurisdição constitucional contemporânea.....	268
3.2.1. A feição transindividual do recurso extraordinário.....	268
3.2.2. A técnica de julgamento por amostragem e a prevalência dos fundamentos determinantes.....	274
3.2.3. Recurso extraordinário e efeito vinculante: a exigência de observância de um contraditório difuso.	285
3.3. Os possíveis óbices e argumentos refratários à extensão do efeito vinculante advindo do controle difuso de constitucionalidade.....	294
3.3.1. O efeito vinculante e a exigência de “oxigenação” da jurisprudência.....	296
3.3.2. Efeito vinculante e a preservação da livre convicção dos magistrados.....	298
3.3.3. O efeito vinculante advindo do controle difuso e o impacto orçamentário nas questões envolvendo políticas públicas e direitos prestacionais.....	301
3.3.4. Efeito vinculante e uma possível contradição discursiva com a ideia de abertura nos processos de interpretação da Constituição.....	306
3.3.5. O efeito vinculante e o dogma da separação dos poderes.....	307
3.3.6. A exigência de conformação constitucional da matéria.....	310
3.3.7. O efeito vinculante e a necessidade de modulação da eficácia da decisão constitucional advinda do controle difuso.....	311
3.3.8. A redundância dos mecanismos de vinculatividade diante da previsão das súmulas vinculantes.....	319
3.3.9. O efeito vinculante e a radicalização da “atuação política” da Corte.....	321

3.4. A expansão do efeito vinculante para a seara do controle difuso.....	324
3.5. A importância da teorização envolvendo uma cultura precedentalista: a experiência advinda da <i>commow law</i> e dos países romanistas.....	336
3.5.1. O <i>stare decisis</i> : a eficácia dos precedentes.....	336
3.5.2. O processo de <i>generalização</i> português: passagem do concreto para o abstrato.....	348
3.5.3. Jurisprudência <i>constante</i> e <i>vinculatividade</i> : a experiência do México, da Guatemala e de outros países.....	349
3.6. Limites objetivos da coisa julgada em matéria constitucional, efeito vinculante e a transcendência dos motivos determinantes da decisão.....	353
3.6.1. Os limites <i>objetivos</i> da coisa julgada em matéria constitucional: conexões com o efeito vinculante.....	353
3.6.2. Os limites <i>subjetivos</i> da decisão constitucional e o efeito vinculante.....	365
3.7. A inobservância do efeito vinculante.....	372
3.7.1. Os contornos da reclamação constitucional.....	372
3.7.2. O cabimento da reclamação e dos demais meios impugnativos.....	374
3.7.3. A reclamação e as súmulas vinculantes.....	377
3.7.4. A possível <i>tautologia</i> advinda do emprego da reclamação.....	383
Conclusões.....	385
Bibliografia.....	390

Anexo. RE e AI - % Distribuição:

Percentagem de RE e AI em relação aos processos distribuídos - 1990 a 2010

RESUMO

A tese está assentada na reflexão sobre os *limites e possibilidades* do efeito *vinculante* advindo das decisões proferidas pelo STF no controle de constitucionalidade *difuso*, a partir do julgamento dos recursos extraordinários cujas questões constitucionais subjacentes sejam imbuídas de *repercussão geral* (CF, art. 102, § 3º). A EC n.º 45/2004 veiculou mecanismo de filtragem, exigindo a comprovação da *transcendência* da questão constitucional discutida no recurso extraordinário, contribuindo para *compatibilização vertical* das decisões de instâncias inferiores com os pronunciamentos emanados do STF. A questão central relacionada com o efeito vinculante das decisões proferidas no controle *incidental* diz respeito à delimitação dos seus “fundamentos (ou motivos) determinantes” (*tragende Gründe* da Corte Constitucional alemã), de modo que a redefinição do papel do recurso extraordinário coaduna-se com a garantia de participação dos possíveis atingidos pela decisão do Supremo Tribunal Federal. O enfoque é centrado no multifacetário cenário da jurisdição constitucional brasileira, marcada por fortes traços de complexidade e permeada por uma latente conflituosidade e pressão de grupos sociais. Logo, a expansão do efeito vinculante para o controle difuso deve estar atrelada à garantia de ampla participação de *amicus curiae* como forma de ampliar os horizontes do debate e minimizar o problema atinente ao *deficit* democrático da jurisdição constitucional.

ABSTRACT

The present study is based on the reflection about the limits and possibilities arising from the binding effect of judgments by the Federal Supreme Court in diffuse constitutional control from the trial of the extraordinary resources which are imbued with constitutional issues underlying the overall repercussions (CF, art. 102, § 3). The Constitutional Amendment n.º 45/2004 defined a filtering mechanism, requiring proof of the transcendence of the constitutional issue discussed in the extraordinary appeal, contributing to vertical compliance of decisions from lower courts with the pronouncements emanating from the Federal Supreme Court. The central issue related to the binding effect of judgments in control incidental concerns the boundaries of their "reasons (or arguments) determinants" (*tragende Gründe* the German Constitutional Court), so that the redefined role of the extraordinary appeal is consistent, ensuring the participation of the possibly affected by the decision of the Federal Supreme Court. The focus is the multifaceted scenario of Brazilian constitutional jurisdiction, marked by strong features of complexity and permeated by a latent antagonism and pressure from social groups. Therefore, the expansion of the binding effect for the diffuse control must be related to ensure broad participation of *amicus curiae* as a way to broaden the horizons of debate and minimize the problem regards the democratic deficit of constitutional jurisdiction.

INTRODUÇÃO

A tese e a hipótese de investigação construídas no presente trabalho estão assentadas na reflexão sobre os *limites e possibilidades* do efeito *vinculante* advindo das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na esfera do controle de constitucionalidade *difuso*, a partir do julgamento dos recursos extraordinários cujas questões subjacentes sejam imbuídas de *repercussão geral* (CF, art. 102, § 3º).

Como é de se observar, o mecanismo de filtragem implantado com a EC n.º 45/2004, atinente à comprovação da *transcendência* da questão constitucional discutida no recurso extraordinário, coaduna-se com a ideia de *compatibilização vertical* das decisões de instâncias inferiores com os pronunciamentos emanados do STF. Com efeito, a modelagem implantada pela EC 45/2004 confere contornos “*objetivos*” ao sistema *difuso* de constitucionalidade, razão pela qual se põe em evidência a *expansão* do efeito vinculante, com a projeção dos *fundamentos determinantes* da decisão constitucional.

Assim, o *problema-tese* está estruturado ainda na circunstância de que o não reconhecimento da repercussão geral de determinada questão constitucional projeta efeitos capazes de alcançar terceiros. Portanto, parece válido concluir – como *hipótese* preliminar de investigação – que se a decisão que declara a *inexistência* de repercussão geral vincula terceiros estranhos à relação processual, o mesmo pode ser dito no tocante aos casos em que o Supremo Tribunal Federal *reconheceu* a sua ocorrência e veio a se pronunciar acerca do tema constitucional controverso, situação esta que deve comportar *extensão* dos efeitos do julgado para as demais situações e casos similares, desde que garantida possibilidade de manifestação e objeção dos possíveis afetados. Neste sentido, a proposição a ser descortinada neste estudo, como decorrência do *problema-tese* (*expansão* dos efeitos vinculantes), é situada como mecanismo complementar à regra do § 3º do art. 543-B do CPC (Lei n.º 11.418/2006).

Oportuno destacar que a questão central relacionada com o efeito vinculante das decisões oriundas do controle *incidental* diz respeito à delimitação dos seus “fundamentos (ou motivos) determinantes” (*tragende Gründe* da Corte Constitucional alemã), de modo que a redefinição do papel do recurso extraordinário coaduna-se com a garantia de participação dos possíveis atingidos pela decisão do Supremo

Tribunal Federal. O enfoque é centrado no multifacetário cenário da jurisdição constitucional brasileira, marcada por fortes traços de complexidade e permeada por uma latente conflituosidade e pressão de grupos sociais.

Logo, pretende-se evidenciar que a expansão do efeito vinculante para o controle difuso deve estar atrelada à garantia de ampla participação de *amicus curiae* como forma de ampliar os horizontes do debate e minimizar o alegado *deficit* democrático da jurisdição constitucional.

Trata-se, nesta perspectiva, de fomentar ainda um novo dimensionamento dogmático para as lides transindividuais, com o máximo aproveitamento possível da atividade jurisdicional, porque esta tem sido uma das tônicas dos movimentos e reformas processuais em todo o mundo.

Como hipótese de investigação, é de se partir da premissa de que, se o efeito vinculante coloca-se como consequência *possível* da aproximação entre as duas vertentes do controle de constitucionalidade (concentrado-abstrato e concreto-incidental), fenômeno decorrente de uma paulatina *mutação* constitucional em curso, forçoso reconhecer que o contraditório *fluido* deverá ser garantido na esfera de depuração dos *fundamentos determinantes* da tese assentada pelo STF.

Assim, a partir da enunciação do problema-tese, cabe ressaltar que no Capítulo I deste estudo pretende-se abordar, em linhas gerais, as duas vertentes do controle de constitucionalidade presentes no sistema jurídico nacional, conferindo-se ênfase a uma hodierna aproximação e convergência destas. Ou seja, o Capítulo I está delineado em torno da reconstituição da experiência histórica da jurisdição constitucional brasileira desde a adoção do método de fiscalização *difuso* e *incidental* veiculado pela Constituição republicana de 1891, passando pela instituição do controle *abstrato* e *concentrado* efetivado pela Emenda Constitucional n.º 16/1965, alcançando a formatação do modelo *eclético* veiculado pela Constituição Federal de 1988, com os novos contornos e delineamentos conferidos pela EC n.º 45/2004, complementados ainda pelo exame da legislação infraconstitucional pertinente.

Deste modo, o tema é norteado pelo exame das características do recurso extraordinário, principal mecanismo processual do controle difuso. Além disso, intenta-se passar pela análise da nova conformação sugerida para o art. 52, X, da Constituição Federal, visto que a mera *suspensão* da execução do dispositivo

reputado inconstitucional por meio da resolução senatorial parece não se adequar, satisfatoriamente, ao manejo das inúmeras técnicas que compõem o ideário do controle de constitucionalidade brasileiro (declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, interpretação conforme a Constituição, edição de súmulas vinculantes etc.).

Em última análise, a investigação que se pretende realizar no percurso da tese é balizada pela constatação de que o exame do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro permite evidenciar alguns *descompassos* e *dilemas* contemporâneos que, por sua vez, decorrem da convivência ainda desconexa do modelo difuso/incidental com a vertente concentrada/abstrata. E, não por outra razão, é possível identificar uma certa tendência de aproximação entre os referidos sistemas de controle, principalmente pela proposta de *abstratização* do método difuso, com a ampliação dos efeitos das decisões proferidas em certos julgamentos advindos do Supremo Tribunal Federal. Daí porque, a convergência entre os referidos modelos é investigada a partir do fenômeno das mutações constitucionais.

Logo, na primeira etapa do estudo, alvitra-se realizar uma apreciação geral sobre a formatação do controle de constitucionalidade *eclético* presente no sistema nacional, com a tentativa de demonstração de que a encampação do modelo *difuso* na experiência brasileira foi marcada – originariamente – pela dificuldade *inata* de implantação de um sistema estrangeiro, pautada na lógica do direito anglo-saxônico à tradição brasileira, tributária do direito romano-germânico. Tal premissa guarda importantes reflexos com a *extensão* e os *limites* do efeito vinculante, matéria a ser enfrentada na etapa conclusiva do estudo.

Cabe ressaltar, entretanto, que a abordagem da *gênese* das técnicas de controle de constitucionalidade presentes no cenário nacional não se propõe a repisar o caminho já trilhado por inúmeros autores e tratadistas que se ocuparam do assunto; antes, almeja-se apenas encaminhar a discussão para fins de justificar a expansão do efeito vinculante. Em outras palavras, a pesquisa não guarda o propósito de formalizar um exame exaustivo dos métodos de controle de constitucionalidade nacionais. Conforme ver-se-á adiante, a intenção da pesquisa é tão-somente evidenciar que a manutenção de um sistema de controle de constitucionalidade *híbrido* e *complexo* recomenda que as características marcantes dos métodos *concentrado/abstrato* e *difuso/incidental* sejam utilizadas de maneira

complementar, com a interpenetração destas na perspectiva de um sofisticado modelo contemporâneo de fiscalização da constitucionalidade das leis e atos normativos.

Firmadas tais premissas, o Capítulo II é centrado nas discussões envolvendo o *deficit* democrático da jurisdição constitucional e o papel desempenhado pela figura do *amicus curiae*, com a abordagem de suas origens históricas e com a breve alusão aos contornos deste instituto no âmbito do direito comparado. Assim, a partir das hipóteses a serem ventiladas no Capítulo I, pretende-se demonstrar nesta segunda etapa do estudo que a evolução legislativa e a sedimentação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – no tocante à jurisdição constitucional – coadunam-se com a perspectiva de *abertura* do processo de interpretação constitucional, com a permissão para que outros órgãos ou entidades, além das partes formais do processo, venham a se manifestar em relação às matérias em discussão, colocando-se em evidência a necessidade de se repensar os requisitos da *representatividade* adequada destes sujeitos, aliada à *relevância* do tema em discussão. A figura do amigo da “Corte” ou, para alguns, amigo da “parte”, incrementa o debate e confere novos matizes para a complexa equação jurisdição e democracia.

Portanto, o objetivo desta etapa da pesquisa está em evidenciar a importância da discussão e da participação plural no debate constitucional, como contraponto à “escala crescente” do efeito vinculante. Afinal, a participação dos diversos segmentos sociais assume um papel peculiar num cenário cada vez mais influenciado por instrumentos processuais de coletivização, fenômeno este que, diga-se de passagem, envolve um certo grau de comprometimento e *solidariedade* social.

E, por fim, o Capítulo III, e último, da tese volta-se ao objetivo precípua de tratar da “delimitação” do efeito vinculante no direito brasileiro, com a investigação acerca da possibilidade de seu emprego a partir da técnica de julgamento *seletivo* propiciada pelo exame da repercussão geral da questão constitucional submetida a julgamento. Em outras palavras, a exigência de demonstração da repercussão geral discutida em sede de recurso extraordinário não pode ser visualizada apenas como uma tentativa de diminuição do volume de trabalho a cargo do Supremo Tribunal Federal.

Conforme se pretende evidenciar na terceira etapa do estudo, o entendimento *refratário à extensão* do efeito vinculante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal parece decorrer, na realidade, da ausência de compreensão da própria crise do controle *difuso* de constitucionalidade, desde o princípio incompatível com o modelo romano-germânico e que, na atualidade, clama por uma certa modulação do alcance dos pronunciamentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal como forma de afastar a disparidade de decisões distintas exaradas para casos muito similares. Ora, com substrato na ideia de que as decisões exaradas em controle difuso apenas podem gerar efeitos *inter partes*, os juízes de instâncias inferiores não se consideram verdadeiramente vinculados aos precedentes exarados pelo Supremo Tribunal Federal, decorrentes do julgamento de recursos extraordinários.

Sendo assim, a etapa conclusiva da pesquisa pretende refutar a conotação de que o desenrolar histórico do controle de constitucionalidade brasileiro firmou os modelos difuso e concentrado como formas estanques com técnicas de instrumentalização que não se comunicam. Com efeito, a partir dos subsídios a serem extraídos da segunda etapa da pesquisa, parece possível defender que o *neoconstitucionalismo* é capaz de engendrar ferramental e o arcabouço teórico para a expansão do efeito vinculante, pautada numa solução compromissada com a mutação constitucional em curso na seara dos mecanismos de controle de constitucionalidade.

Finalmente, nos últimos tópicos do trabalho, busca-se abordar as questões referentes à apreciação, no campo da dogmática jurídica, das consequências advindas da adoção da tese proposta e dos possíveis argumentos que venham a refutá-la. Trata-se de discutir, nesse particular, os limites objetivos da coisa julgada e a transcendência dos motivos determinantes da decisão constitucional. Da mesma forma, intenta-se abordar ainda os limites subjetivos destas decisões e o alcance do efeito vinculante, com o emprego das ferramentas processuais cabíveis para sua garantia. Ainda nesta perspectiva, faz-se uma breve alusão aos mecanismos correlatos ao *stare decisis*, com apoio no crescente fortalecimento do papel da jurisprudência.

Por fim, há que se pedir desculpas, antecipadamente, pelo (ab)uso das citações colacionadas no transcorrer do trabalho; porém, estas servem ao propósito

de facilitar a tarefa de (re)construção do itinerário da pesquisa, servindo ainda para corroborar e compartilhar as origens dos pontos de vistas expressados.

São essas as linhas gerais do presente estudo.

CAPÍTULO I. A APROXIMAÇÃO ENTRE AS VERTENTES CLÁSSICAS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A EXPANSÃO DO EFEITO VINCULANTE NO BRASIL.

1.1. As origens do sistema *híbrido* de controle de constitucionalidade adotado no Brasil.

1.1.1. A emergência do constitucionalismo e o postulado da supremacia constitucional.

O controle de constitucionalidade é concebido a partir do postulado da *supremacia constitucional* que, por sua vez, é tributária dos influxos históricos que alçaram o constitucionalismo¹ à condição estruturante dos sistemas jurídicos contemporâneos. Não por outra razão, o *constitucionalismo* emergente rompeu com a primazia do legalismo (culto à lei) e, hodiernamente, é considerado o quadrante mais apropriado para a defesa dos direitos fundamentais. Não há que se olvidar que a fundamentalidade de certos direitos decorre da positivação destes no âmbito das modernas Constituições, com repercussões na estrutura da sociedade e do Estado. Nessa perspectiva, o constitucionalismo moderno passa a conformar, então, as ordens jurídicas nacionais².

Assim, o destronamento da “lei” em prol da supremacia da Constituição permitiu desmitificar o primado de uma “vontade geral”, absorvida e herdada dos contratualistas clássicos. Ao invés de se propugnar pela “vontade geral” decodificada pelo parlamento³, tem-se a revelação da *precária* “vontade do legislador”, não raro comprometida com interesses momentâneos ou particulares. Por isso, a inversão dos papéis culminou na proeminência da Constituição, fato este reforçado pela

¹ Assim, o constitucionalismo que emergiu a partir da bagagem histórica herdada da Revolução norte-americana de 1776 e francesa de 1789 é compreendido como verdadeira técnica de limitação do poder com fins garantísticos (CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003. p. 68-71).

² “O século XX pode ser considerado como o século do constitucionalismo. Nos últimos cem anos, o direito constitucional reuniu forças para se firmar como o núcleo das ordens jurídicas nacionais” (BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 46).

³ Não por outra razão, o artigo VI da Revolução Francesa apregoava que “a lei é a expressão da vontade geral”.

derrocada do Estado Liberal, que contribuiu para afastar a crença no caráter geral da lei⁴.

Destarte, a partir da força *normativa* da Constituição descortina-se o horizonte da jurisdição constitucional, pois, a rigor, as “inconstitucionalidades” podem derivar de comportamentos *impróprios* de vários agentes públicos⁵, perpetrados por diferentes modos⁶. Em linhas gerais, pode-se dizer que a inconstitucionalidade revela-se a partir de um problema de invalidade de atos e(ou) omissões emanadas dos órgãos ou entidades com poderes normativos. Ou, dito de outro modo, o *princípio da constitucionalidade* exige que haja conformação material e formal dos “actos dos poderes públicos (em sentido amplo: estado, poderes autônomos, entidades públicas) com a constituição”⁷. A inconstitucionalidade por *ação* pode resultar da violação de um procedimento previsto pela Constituição para edição de uma regra formal ou ainda da violação de uma regra de competência (inconstitucionalidade formal). No entanto, quando o órgão dotado de competência normativa venha a usar desta prerrogativa em desacordo com os parâmetros e limites prescritos na Constituição, tem-se, via de regra, a inconstitucionalidade

⁴ “Os revolucionários, afirmando-se representantes do povo, instalaram-se no Parlamento e sabiam que essa Casa deveria ser fortalecida em face do rei. A vontade do legislador tinha que prevalecer e ser preservada. Daí o enorme prestígio do Parlamento, com a efetiva supremacia do Legislativo sobre os demais poderes. O prestígio do Parlamento explica as características quase místicas reconhecidas à expressão da sua vontade – a lei. Fixou-se a fórmula revolucionária de que a voz do Legislativo é a expressão da vontade geral na linha da doutrina de Rousseau, que punha em par a lei e a própria liberdade” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 22). Vide ainda, neste sentido: CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 198.

⁵ A advertência de J.J. Gomes CANOTILHO é que “o objecto do controlo da constitucionalidade são *normas jurídico-públicas*. Excluem-se, assim, da fiscalização judicial da Constituição os **actos normativos privados**. Esta solução inscreve-se na perspectiva tradicional baseada na autonomia da ordem jurídico-privada perante o ordenamento constitucional. Dito por outras palavras: as consequências jurídicas dos actos ou comportamentos inconstitucionais dos particulares não se reconduzem a problemas de inconstitucionalidade” (CANOTILHO, J.J. Gomes. Ob. cit., p. 944).

⁶ “Inconstitucional será o ato ou a omissão do particular não-compátível com o catálogo dos deveres que a Constituição lhe impõe ou com os direitos que assegura a outrem. Inconstitucional será também o ato ou a omissão do administrador público, quando não observar os mandamentos e princípios da boa administração ou não atender aos direitos subjetivos públicos previstos na Carta Constitucional. Inconstitucional será o ato do juiz que desrespeitar, no comando do processo, as garantias e prerrogativas dos litigantes” (ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 14).

⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. Ob. cit., p. 246.

material (ou *intrínseca*). Devem ser obstados, nesse sentido, os atos contrários à Constituição. A inconstitucionalidade por *omissão*, por sua vez, é assentada na idéia de *mora* ou inadimplemento do dever de legislar⁸. Dessa forma, “o não-cumprimento de um dever constitucional também é contrário ao princípio da constitucionalidade”⁹. Nesse diapasão, CANOTILHO realça que o *princípio da constitucionalidade*, aliado à idéia de *supremacia* da Constituição, representa mecanismos condicionantes dos seguintes postulados: (i) vinculação do legislador à Constituição; (ii) vinculação dos atos dos poderes públicos à Constituição; (iii) o princípio da reserva da Constituição; e, (iv) ênfase para a força normativa da Constituição¹⁰.

No cenário nacional contemporâneo, independentemente do modo pelo qual se materializa o fenômeno da *inconstitucionalidade*¹¹, estará este sujeito ao jugo *repressivo* do Poder Judiciário¹². Tem-se aí, nesse sítio, um modelo de *sindicabilidade* dos atos *desconformes* com projeções similares à idéia de *curadoria* da Constituição. O modelo francês, com certa ênfase ao caráter *preventivo* da

⁸ Os diferentes critérios classificatórios dos fenômenos das inconstitucionalidades (vale dizer: dos atos desconformes à Constituição) são sintetizados em: NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

⁹ SANTANA, Izaías José. **Controle concentrado de constitucionalidade: efeitos das decisões e vinculação do poder judiciário**. Porto Alegre: Fabris, 2008. p. 34.

¹⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. Ob. cit., p. 246/248.

¹¹ Conforme preleciona Jorge MIRANDA, “constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação: a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não cabe no seu sentido. Assim declaradas, são conceitos que parecem surgir de dedução imediata. Do modo pré-sugerido, resultam do confronto de um comportamento, de uma norma ou de um acto com a Constituição, correspondem a atributos que tal comportamento se arroga em face de cada norma constitucional” (MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1988, tomo II. p. 273).

¹² Ao comentar a respeito da jurisdição constitucional no âmbito nacional, Teori Albino ZAVASCKI afirma que: “Qualquer que seja o modo como se apresenta o fenômeno da inconstitucionalidade ou o seu agente causador, ele está sujeito a controle pelo Poder Judiciário. A atuação desse Poder do Estado na interpretação e aplicação da Constituição constitui o que se denomina jurisdição constitucional. É atividade que não se restringe, portanto, ao controle de constitucionalidade das leis e nem é exercida apenas pelo Supremo Tribunal Federal. Ela congrega todos os órgãos do Poder Judiciário e compreende o conjunto das atribuições jurisdicionais que digam respeito à salvaguarda e à efetividade das normas constitucionais” (ZAVASCKI, Teori Albino. Ob. Cit., p. 14).

fiscalização da constitucionalidade, está assentado em uma matriz diversa¹³. Assim, com exceção deste último modelo, a *gênese* dos sistemas contemporâneos de controle e auditoria das inconstitucionalidades, com a delegação destas tarefas e encargos ao Judiciário, deriva das duas vertentes clássicas, ou seja, do chamado modelo *difuso*¹⁴, de origem norte-americana¹⁵, e do modelo concentrado austríaco. Em outras palavras, o controle de constitucionalidade pode ser exercido de forma *preventiva* ou *repressiva*; e, quanto ao modo de seu exercício, podem divisar-se o modelo *incidental* e o método *concentrado*, com relativo grau de interpenetração entre estas modalidades.

¹³ “O controle, quase sempre preventivo, é feito por um Conselho Constitucional composto de nove membros nomeados (três pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembléia Nacional e três pelo Presidente do Senado), mais os membros vitalícios que são os ex-Presidentes da República (que não têm participado). (...) As decisões do Conselho Constitucional francês não estão sujeitas a recursos e se impõem aos poderes públicos (Parlamento, Presidente, Governo), como às administrações e aos juízes (art. 62 da Constituição da França). O Conselho não anula a lei (ainda não promulgada), mas a declara não conforme à Constituição (*n'est pas conforme à la Constitution*) e, na prática, suas decisões são obedecidas, mas não se prevê mecanismo algum para que o Conselho Constitucional faça prevalecer sua decisão a um poder eventualmente recalcitrante. Difícil a polêmica sobre a atuação do Conselho francês: jurisdicional ou político? A discussão na França parece ser se o Conselho é uma jurisdição ou um controle institucional” (PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 98-100).

¹⁴ “Com tal terminologia se deve entender que, nos Estados Unidos da América e, semelhantemente, naqueles outros Países em que vige um sistema análogo – como no Canadá, no Japão, na Noruega, na Dinamarca, agora também na Suécia, e, com certos limites a seu tempo precisados, na Suíça – as questões de constitucionalidade das leis não podem ser submetidas ao julgamento dos órgãos judiciários ‘em via principal’, ou seja, em um adequado e autônomo processo constitucional instaurado *ad hoc*, com adequada ação. Ditas questões podem ser argüidas apenas *incidenter*, isto é, no curso e por ocasião de um ‘case or controversy’, ou seja, de um processo ‘comum’ (civil, penal ou de outra natureza) e só na medida em que a lei, cuja constitucionalidade se discute, seja *relevante* para a decisão do caso concreto” (CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves, 2ª ed., Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. p. 102-103).

¹⁵ De acordo com Eduardo Garcia de ENTERRÍA, o controle de constitucionalidade das leis é considerado, ao lado da forma federativa de Estado, a mais importante contribuição do constitucionalismo norte-americano às democracias ocidentais: “*La técnica de atribuir a la Constitución el valor normativo superior, inmune a las Leyes ordinárias y más bien determinante de la validez de éstas, valor superior judicialmente tutelado, es lá más importante creación, con el sistema federal, del constitucionalismo norteamericano y su gran innovación frente a la tradición inglesa de que surgió*”. (ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La constitucion como norma y el tribunal constitucional**. Madrid: Editora Civitas, 1984. p. 50/51).

O sistema *difuso* (americano), construído jurisprudencialmente¹⁶, permite ao interessado suscitar a inadequação da lei ou ato normativo, delegando a qualquer magistrado o *reconhecimento* desta inconstitucionalidade na abordagem do caso concreto sobre o qual incidirão os efeitos desta decisão¹⁷.

Por sua vez, o modelo *concentrado*, de matriz austríaca¹⁸, confere a um órgão especializado - não necessariamente integrante da estrutura do Poder Judiciário - a tarefa de verificação da compatibilidade constitucional de determinada norma jurídica com o texto constitucional; porque, na acepção da teoria kelseniana, a

¹⁶ Gustavo BINENBOJM observa que "o já hoje quase bicentenário *judicial review of legislation* a mais significativa inovação americana em relação à tradição inglesa. Representou ele, na prática, a superação do princípio da supremacia do Parlamento – elevado à condição de dogma no Reino Unido desde a Revolução Gloriosa, e lá ainda vigente – pela supremacia normativa da Constituição. Ao Judiciário caberia exercer a guarda de tal supremacia, ainda que isso importasse na invalidação de atos do Legislativo" (...) É bem de ver que a ideia da jurisdição constitucional como técnica de atuação da supremacia da Lei Fundamental não proveio de previsão expressa da Constituição de 1787, senão que decorreu de construção jurisprudencial. Com efeito, o art. VI, item 2, daquela Carta, conhecido como 'cláusula de supremacia' (*supremacy clause*), se limitava a proclamar a superioridade hierárquica da Constituição, das leis com ela compatíveis e dos tratados sobre as Constituições e leis dos Estados-membros. Não obstante a ausência de previsão explícita, a ideia do controle da constitucionalidade foi intensamente debatida pelos delegados na Convenção de 1787. Alexander Hamilton, no *Federalista* n.º LXXVIII e, posteriormente, no n.º LXXXI, sustenta a ideia de que a Constituição deve ser vista como lei fundamental, cabendo aos juízes proclamar a nulidade das leis ordinárias a ela contrárias" (BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 25-27).

¹⁷ "Nascia, em solo americano, o sistema *difuso* (porque não se tratava, como ainda não se trata, de monopólio de uma Corte Constitucional específica) e *concreto* de constitucionalidade (pois, naquele sistema, cuida-se de análises de *cases and controversies*). É certo que a Constituição não disse, no sistema democrático norte-americano, que os Juízes deveriam ter a última palavra. Mas, por outro lado, como salienta Dworkin, também não negou que eles pudessem tê-la" (VIEIRA, Renato Stanzola. **Jurisdição Constitucional Brasileira**. Os limites de sua legitimidade democrática. São Paulo: Renovar, 2008. p. 68).

¹⁸ "A Constituição da Áustria de 1920, em sua formulação originária, não apenas *concentrou* na Corte Constitucional a competência para decidir as questões de constitucionalidade, mas, além disso, subordinou tal controle à existência de um pedido especial, isto é, uma *ação especial* (que chamaríamos hoje *ação direta*), passível de ser ajuizada por alguns órgãos políticos. Portanto, o sistema austríaco, nos seus primórdios, era inteiramente desvinculado dos casos concretos, uma vez que os juízes e tribunais não apenas não tinham competência para decidir, incidentalmente, as questões de constitucionalidade surgidas nos processos de sua alçada, como também, não estavam legitimados a submetê-los à Corte Constitucional para que esta exercesse o controle que lhes era vedado. Esta é a origem do sistema de controle *abstrato* de constitucionalidade, em que a compatibilidade da lei com a Constituição é aferida em tese pelo Tribunal Constitucional, sem vinculação imediata a qualquer caso concreto" (BINENBOJM, Gustavo. Ob. Cit., p. 37-38).

inconstitucionalidade da lei ou ato normativo não é algo passível de mero *reconhecimento*¹⁹.

Assim, como é de se aceitar, o *judicial review* substancia o prestígio conferido à supremacia constitucional, pois os poderes públicos e demais destinatários das normas constitucionais passam a ter o dever de observância daqueles comandos e princípios jurídico-normativos. Não é demais recordar que o constitucionalismo que emergiu do século XIX conferiu ênfase às Constituições escritas, com a enunciação de procedimentos especiais²⁰ para reforma do texto constitucional. O axioma inarredável é que a Constituição deve prevalecer em face dos demais atos estatais. Tem-se aí, de forma dispersa, o rompimento com a soberania do Parlamento²¹, que floresceu no direito inglês a partir da Revolução Gloriosa.

Logo, a idéia de supremacia da Constituição, independente do prisma de análise, passa a representar a pedra-de-toque de um Estado de Direito. E, deste

¹⁹ "Na concepção de Kelsen, com efeito, a inconstitucionalidade da lei não é algo que se possa reduzir ao mero *reconhecimento*, por qualquer juiz ou tribunal, de uma situação jurídica preexistente, qual seja, a *nulidade* da lei incompatível com a Constituição. Ao revés, a lei inconstitucional é válida até a sua *anulação* pelo processo próprio e pelo órgão competente (a Corte Constitucional), definidos na Constituição; a inconstitucionalidade nada mais é, assim, que o pressuposto para a aplicação de uma sanção, que é a retirada da lei do ordenamento jurídico" (BINENBOJM, Gustavo. Ob. Cit., p. 36). Contudo, no Brasil prevaleceu "em sede doutrinária e jurisprudencial, com chancela do Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que lei inconstitucional é nula de pleno direito e que a decisão de inconstitucionalidade tem eficácia retroativa, restando inválidos todos os atos praticados com base na lei impugnada" (BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade do direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 19-20).

²⁰ "A Constituição norte-americana representou, em síntese, o arquétipo das assim chamadas Constituições 'rígidas', contrapostas às Constituições 'flexíveis', ou seja, o arquétipo daquelas Constituições que não podem ser mudadas ou derogadas, através de leis ordinárias, mas, eventualmente, apenas através de procedimentos especiais de revisão constitucional" (CAPPELLETTI, Mauro. Ob. Cit., p. 46-47).

²¹ "... um dos fatores que diretamente favoreceram o nascimento e o desenvolvimento do sistema norte-americano da *judicial review* e, portanto, daquilo que foi chamado a *supremacia do poder judiciário* ou, também, o *governo dos juízes*, tenha sido exatamente o radicalmente oposto sistema inglês da absoluta *supremacia do Parlamento* em relação aos outros poderes (e, por conseguinte, também relativamente ao poder judiciário): paradoxalmente, a 'supremacia do Parlamento' na Inglaterra favoreceu, pois, o nascimento da denominada 'supremacia dos juízes' nos Estados Unidos da América" (CAPPELLETTI, Mauro. Ob. Cit., p. 57-58).

modo, a *supremacia constitucional* e a *rigidez*²² para mudança do texto da Constituição podem ser identificadas como premissas fundantes do controle de constitucionalidade. Entretanto, mostra-se oportuna a advertência de Clèmerson Merlin CLÈVE, ao observar que a *rigidez* não é capaz, por si só, de assegurar a *supremacia* da Constituição, uma vez que “a real primazia de uma Constituição depende de sua efetividade (eficácia social). Sem efetividade (Constituição normativa) não há verdadeira preeminência. Mas mesmo no campo estritamente jurídico, a supremacia impescinde de uma certa consciência constitucional, de um modo peculiar de cuidar e de compreender a Constituição”²³.

1.1.2. O advento do *judicial review* nos EUA.

O desenvolvimento dos mecanismos voltados ao prestígio da supremacia constitucional - apesar dos opositores e das objeções veiculadas²⁴ - ganhou particular relevo nos Estados Unidos²⁵, atribuindo-se ao conjunto do aparato

²² “A rigidez formal é a *marca registrada* das Constituições que inauguram o Ordenamento Jurídico de intransigente supra-infra-ordenação e que mantêm esse Ordenamento *sob controle de qualidade*. Tal rigidez nasce com a Constituição Positiva, assegura a supremacia internormativa do Magno Texto e só desaparece com o desaparecimento dele. Mas comporta graduação, no sentido de que pode ser, ora uma rigidez mais ortodoxa, ora menos ortodoxa; ou seja, uma Constituição Positiva é mais ou menos firme, estável, hirta, rígida, a depender do grau de originalidade que imponha ao seu processo de reforma” (BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição**, Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 131).

²³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 32.

²⁴ “Ainda durante o processo constituinte dos Estados Unidos, também foram apresentadas propostas alternativas ao *judicial review*. Ressalta, neste sentido, a proposição formulada pelo grupo liderado por James Madison. Sustentava-se a instituição de um conselho de revisão das leis, composto por membros do Executivo e do Poder Judiciário, que teria poder de veto em relação aos atos editados pelo Congresso americano antes que entrasse em vigor. A rejeição dessa proposição, porém, apresenta nota evidenciadora do reconhecimento, por parte dos constituintes norte-americanos, do papel do Poder Judiciário na fiscalização da regularidade constitucional dos atos estatais. Durante os debates, registraram-se expressas manifestações de contrariedade à proposta do grupo de Madison em razão do poder dos tribunais de inaplicarem leis que violassem a Constituição, afirmando-se que, caso a proposição fosse acatada, os juizes teriam dupla oportunidade de afastar as leis aprovadas pelo Congresso” (LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 20).

²⁵ “Embora não se encontre referência expressa no texto da Constituição norte-americana, a evolução do constitucionalismo naquele país acabou por reconhecer aos tribunais o poder de afastar a aplicação de quaisquer atos normativos por serem manifestamente contrários à Constituição, revisando, portanto, a compatibilidade de tais atos com o texto constitucional. Instituiu-se o chamado *judicial review*, situando-se o poder de realizar o controle da constitucionalidade dos atos estatais no âmbito de competência do Poder Judiciário” (LEAL, Roger Stiefelmann. Ob. Cit., p. 18).

jurisdicional²⁶ estadunidense o papel e a missão de realizar o controle da constitucionalidade dos atos estatais. Com efeito, as tensões impostas pelo Parlamento inglês contribuíram para a ulterior *supremacia* da Constituição nas antigas colônias²⁷. Aliás, o despertar das primeiras discussões envolvendo a implantação do *judicial review* nos EUA é anterior à edição da própria Constituição estadunidense.

²⁶ “No sistema estadunidense, a justiça constitucional é confiada ao conjunto do aparelho jurisdicional e não se distingue da justiça ordinária, na medida em que os litígios, de qualquer natureza, são julgados pelos mesmos tribunais e nas mesmas condições. A dimensão constitucional pode estar presente em todos os litígios e não necessita de tratamento especial: não há propriamente contencioso constitucional, assim como não existe contencioso administrativo ou judicial, não há, pois, nenhuma razão para distinguir as questões levadas perante o mesmo juiz” (FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Trad. Dunia Marinho Silva, São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 17).

²⁷ “Em razão das constantes tensões com o Parlamento inglês, inculcou-se, desde logo, nas ex-colônias, que o Poder Legislativo era o mais poderoso, já que era o principal responsável pela instituição de obrigações. Por isso mesmo, foi considerado o mais temido. Logo, ele deveria se submeter a limitações jurídicas consistentes para não perpetrar abusos contra os direitos individuais dos cidadãos. (...) Desse modo, enquanto na Inglaterra a supremacia do Parlamento importava na impossibilidade de os juízes apreciarem a validade das normas criadas por ele, nas colônias inglesas tal supremacia impunha que os juízes efetuassem um controle das normas locais perante as superiores ‘Leis do Reino’. Com a independência das colônias, essas ‘Cartas’ foram substituídas por ‘Leis Fundamentais’ dos novos Estados independentes, deslocando para elas a superioridade normativa frente às leis criadas pelos órgãos legislativos locais. Por essa razão, as leis que contrariassem as novas Cartas Fundamentais eram tidas como nulas, de modo que o juiz não deveria aplicá-las” (LEITE, Glauco Salomão. **Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 12).

Como é de se observar, a sua instauração foi defendida por Alexander HAMILTON ainda na fase de ratificação da Constituição dos Estados Unidos²⁸. Dentre os argumentos perfilhados naquela ocasião, HAMILTON vislumbrava extrema semelhança entre a função de controlar a constitucionalidade das leis e a natureza intrínseca da função jurisdicional. Afinal, de acordo com o raciocínio esposado, era corriqueiro que os tribunais tivessem que conciliar situações antinômicas, prestigiando a lei mais recente em detrimento da mais antiga²⁹. Além disso, em prol do *judicial review* poder-se-ia ainda recordar a posição do Poder Judiciário na estrutura político-estatal norte-americana, cuja independência entre os demais poderes constituídos foi enaltecida por HAMILTON. Nem mesmo a possibilidade de *substituição* da vontade do legislador pela vontade dos tribunais foi

²⁸ “Nos *Federalist Papers* n.º 78 e 81, Hamilton expôs os fundamentos e diretrizes teórico-políticas que deveriam nortear o Estado norte-americano e o Poder Judiciário quanto ao controle da constitucionalidade das leis e demais atos do Poder Público. Inicialmente, o autor afirma a especial importância dos tribunais num modelo de Constituição limitativa (*limited Constitution*) em que se verifica a imposição de determinadas restrições ao exercício do Poder Legislativo. Nesse modelo, aos tribunais caberia declarar a nulidade de todos os atos que fossem manifestamente contrários ao teor da Constituição. Mas se o texto constitucional nada prevê, por que o Judiciário seria o órgão estatal competente a exercer tal função? Habilmente, traz Hamilton alguns argumentos de ordem política e jurídica de modo a justificar a adoção da prática do *judicial review*. Sua posição em relação a esse tema fundamenta-se (a) na natureza da função exercida pelos juízes e (c) na estatura político-institucional do Poder Judiciário. Primeiramente, Hamilton apresenta uma concepção de Constituição como ato de delegação popular. Entende o autor que a Constituição configura um mandato conferido pelo povo a seus representantes – Legislativo e Executivo. Teria o povo norte-americano elaborado um ato de delegação de poderes – denominado Constituição – em que consta um conjunto de determinações de observância obrigatória a seus mandatários – os corpos legislativo e executivo. Não seria plausível, desse modo, que os próprios mandatários fossem aqueles que tivessem o poder de verificar a observância do ato delegatório. Seriam, no dizer de Hamilton, os *juízes constitucionais dos próprios poderes*” (LEAL, Roger Stiefelmann. Ob. Cit., p. 20-21). Como é de se observar, HAMILTON deixou claro o caráter superior da Constituição, ao afirmar que “nenhum ato legislativo à Constituição pode ser válido. Negar isto seria afirmar que o delegado é maior que o outorgante; que o servidor está acima do senhor; que os representantes do povo são superiores ao próprio povo; que os homens que atuam em virtude de poderes a eles confiados podem fazer não só o que estes autorizam, mas o que proíbem” (MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. O *federalista*. Trad. de Maria Luiza X. de A. Borges, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1987. p. 480).

²⁹ “Deduz Hamilton que a antinomia entre um ato normativo expedido por uma autoridade superior e um expedido por uma autoridade subordinada deve ser solucionada, preferindo o ato do poder originário – superior – ao do poder instituído – subordinado. Ademais, ao considerar a Constituição como lei fundamental, Hamilton concluiu que caberá aos juízes dar-lhe significado, tal como fazem com as demais leis, pois *a interpretação das leis é a própria e peculiar província dos tribunais*” (LEAL, Roger Stiefelmann. Ob. Cit., p. 22).

suficiente para demover HAMILTON das idéias explicitadas³⁰ no contexto daquele constitucionalismo emergente, mesmo porque, para aquele tratadista, o *judicial review* consistia no poder de afastar apenas os atos normativos *clara e manifestamente* afrontosos à Constituição.

Percebe-se, então, que no constitucionalismo norte-americano, a Constituição não foi compreendida como mera exortação de valores políticos desprovida de vinculatividade, “mas como um plexo normativo superior capaz de fornecer critérios para se avaliar a conformidade das leis com os seus preceitos. Assim, evitou-se a idolatria da lei criada pelo Poder Legislativo e se reconheceu o poder interpretativo da função judicial que permitia anular as leis quando contrárias à Constituição”³¹.

³⁰ “Como se sabe, diz-se que o modelo político adotado nos Estados Unidos sofreu forte influência da obra de Montesquieu. Em relação ao Poder Judiciário, algumas de suas lições encontram-se expressamente reproduzidas nos *Federalist Papers*. Assim, na esteira do pensamento do autor francês, Hamilton denuncia a fragilidade política do Judiciário, afirmando que os juízes não têm o poder *nem sobre a espada nem sobre a bolsa* – fatores controlados pelos Poderes Executivo e Legislativo. Exatamente por serem inofensivos e, ao mesmo tempo, independentes dos demais poderes, é que Hamilton entende apropriado atribuir-se aos tribunais o controle da constitucionalidade dos atos editados pelos poderes públicos. (...) Afirma Hamilton que o Judiciário não tem *força nem vontade, mas meramente julgamento*. Seu argumento centra-se no caráter inofensivo e frágil inerente aos órgãos judicantes. Assevera, ademais, que o risco do Judiciário manifestar *vontade* em vez de *julgamento* também ocorre quando interpreta a própria lei ou decide um conflito de leis no tempo. De outro lado, o autor demonstra confiar na força do instituto do *impeachment* dos juízes como elemento inibidor do ativismo judicial em detrimento da autoridade legislativa. Hamilton qualifica o risco de usurpações judiciais da autoridade legislativa em razão do *judicial review* como *fantasma*” (LEAL, Roger Stiefelmann. Ob. Cit., p. 22-24).

³¹ LEITE, Glauco Salomão. Ob. Cit., p. 15.

Sendo assim, apesar dos diversos casos enfrentados anteriormente pelas Cortes americanas³², por *convenção* histórica costuma-se apontar que a consagração do *judicial review* é tributária do célebre e multicitado precedente *Marbury vs. Madison*, a partir das linhas mestras traçadas por John MARSHALL. Vale dizer: mesmo diante das injunções da época e de alguns condicionantes da política norte-americana que marcaram aquele conturbado contexto histórico³³, a Suprema Corte norte-americana veio a julgar inconstitucional lei editada pelo Congresso dos EUA que lhe atribuía a competência de processar e julgar originariamente *writ of mandamus* em hipóteses diversas daquelas contempladas pelo texto da Constituição. Afirmou-se, naquela ocasião, que uma lei ordinária não poderia outorgar uma nova competência originária à Corte, que não constasse no

³² Eduardo G. ENTERRÍA adverte, contudo, que antes mesmo da prolação da sentença de Marshall, os Tribunais dos Estados já haviam proclamado decisões anteriores de inconstitucionalidade, de sorte que o *judicial review* é decorrência da Constituição americana e não propriamente construção de um "formidável" jurista: "*Pero, contra una cierta versión corriente, no se trata de una invención personal de ese formidable jurista, sino de un perfeccionamiento final y ya definitivo del sistema expreso en la propia Constitución. Como ha notado SCHWARTZ, entre la Revolución y el momento de esa Sentencia, los Tribunales de los Estados habían ejercido el poder de declaración de inconstitucionalidad al menos veinte veces (bien es verdad que solo de normas de los Estados y no de la Federación), porque la solución venía postulada por las concepciones básicas presentes en la Constitución, como hemos tratado de resumir aquí*" (ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. Ob. Cit., p. 55). Sérgio Resende de Barros, afastando o ineditismo de *Marbury vs. Madison* e o controle da Suprema Corte, afirma que em "*Hayburn's Case* (2 Dall. 409, 1 L. Ed. 436, 1792, vários juízes – inclusive John Jay, como juiz-presidente da corte do Distrito de Nova Iorque – *invalidaram um ato, não como uma corte, mas com sua competência singular em três cortes distintas*. Nem sequer foi o primeiro em que a própria Suprema Corte o exercitou, pois no caso *Hylton v. United States* (3 Dall. 17, 1796) ela sustentara a constitucionalidade de um ato legislativo de forma tal, que não deixava dúvida de que o teria declarado inconstitucional, se estivesse convencida disso" (BARROS, Sérgio Resende de. Simplificação do controle da constitucionalidade. In **As vertentes do direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. Coordenador Ives Gandra da Silva Martins, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 596-597).

³³ "Nas eleições realizadas no final de 1800, nos Estados Unidos, o Presidente John Adams e seus aliados federalistas foram derrotados pela oposição republicana, tanto para o Legislativo como para o Executivo. Thomas Jefferson viria a ser o novo Presidente. No apagar das luzes de seu governo, John Adams e o Congresso, no qual os federalistas ainda detinham maioria, articularam-se para conservar sua influência política através do Poder Judiciário. Assim, em 13 de fevereiro de 1801, fizeram aprovar uma lei de reorganização do Judiciário federal (the Circuit Court Act), por via da qual, dentre outras providências: a) reduzia-se o número de Ministros da Suprema Corte, para impedir uma nova nomeação pelo Presidente que entrava; b) criavam-se dezesseis novos cargos de juiz federal, todos preenchidos com federalistas aliados do Presidente derrotado" (BARROSO, Luis Roberto. Ob. Cit., p. 03).

elenco constitucional³⁴. Ao se afastar as leis ou atos normativos que estejam em desconformidade com o texto constitucional, a Constituição é enaltecida e prestigiada como direito fundamental do país, que deve prevalecer em face dos demais atos estatais³⁵. Em última análise, a construção engendrada permitiu ainda maior proeminência para o próprio postulado da supremacia constitucional.

³⁴ "Ao enfrentar a segunda questão - se a Suprema Corte tinha competência para expedir o writ - Marshall desenvolveu o argumento que o projetou na história do direito constitucional. Sustentou, assim, que o § 13 da Lei Judiciária de 1789, ao criar uma hipótese de competência originária da Suprema Corte fora das que estavam previstas no art. 3º da Constituição, incorria em uma inconstitucionalidade. É que, afirmou, uma lei ordinária não poderia outorgar uma nova competência originária à Corte, que não constasse do elenco constitucional" (BARROSO, Luis Roberto. Ob. Cit., p. 07).

³⁵ "That brought Chief Justice Marshall to the issue wheter Congress could grant the Supreme Court jurisdiction that the Constitution denied it. Not how, so far in his opinion, Marshall and his fellow justices had underscored the distinction between law and politics. They had held, as did then existing case law, that once the President appointed Marbury to a judicial office, Marbury had a property right in that office and was entitled to a legal remedy through wich to enforce the right. They also had ruled that an appeal from the secretary of state's refusal to deliver Marbury's commission was the wrong remedy, since such an appeal would have brought the discretionary concerns that had prompted the secretary's refusal before the Court and thus would have embroiled the Court in a political rather than purely legal matter. But how could Marshall and his fellow justices complete their Marbury opinion without exercising political judgment and thereby becoming entangled in politics? To grant an original writ of mandamus directing Secretary of State Madison to put Marbury in office would have forced a confrontation between the Court and the Jefferson administration, which could have ended at best with Madison's refusal to obey the Court's order and at worst with Congress's impeachment of Chief Justice John Marshall and his subsequent conviction and removal from office. Thus, Marshall had to find a way to deny Marbury the writ of mandamus he was seeking. The way he found was to declare unconstitutional Congress's grant of jurisdiction to the Court, in the Judiciary Act of 1789, to issue original writs of mandamus. This recourse to judicial review, however, strikes readers at the outset of the twenty-first century as perhaps even more political than granting the writ to Marbury would have benn. But Marshall did not understand judicial review as we to today. For Marshall and his colleagues on the Supreme Court, judicial review neither required nor permitted judges to exercise political discretion. In that familiar portion of the Marbury opinion which asserts the power of judicial review, Marshall reiterated his belief in 'the fundamental principles' of law that were 'designed to be permanent'" (NELSON. William E. **Marbury v. Madison: the origins and legacy of judicial review**. University Press of Kansas, 2000. p. 62-63 / Tradução livre: "Isso trouxe ao Juiz Marshall a questão se o Congresso poderia conceder ao Supremo Tribunal a competência que a Constituição negou. E não como, até agora em sua opinião, Marshall e seus colegas juízes observaram a distinção entre direito e política. Eles mantiveram suas posições, como fizeram com a jurisprudência existente na case law, e uma vez que o presidente nomeou Marbury para um escritório judicial, Marbury teve um direito de propriedade sobre o escritório, e assim um direito a uma reparação legal para fazer valer o seu direito. Também decidiram que o recurso feito pelo secretário de Estado para negar entregar a comissão a Marbury foi o remédio errado, uma vez que tal recurso teria trazido as preocupações discricionárias que levaram à recusa do secretário no Tribunal e, portanto, teria envolvido o Tribunal em questões políticas ao invés de tratar de questões meramente jurídicas. Mas como poderia Marshall e seus colegas juízes formarem as suas opiniões sobre o caso Marbury sem exercer o julgamento político e, assim, se envolverem em questões políticas? Garantir um writ original do mandamus do Secretário de Estado Madison e colocar Marbury no escritório teria forçado um confronto entre o Tribunal e a administração Jefferson, o que poderia ter terminado, na melhor das hipóteses, com a recusa de Madison a obedecer à ordem do Tribunal e, na pior das hipóteses, com o impeachment do Congresso do Juiz John Marshall e sua subsequente condenação e afastamento do

MARSHALL destacou ainda, naquela ocasião, que determinadas expressões constantes da Constituição norte-americana permitem presumir o *judicial review*, cujos destaques foram concebidos em caráter adicional³⁶, conferindo ênfase, assim, aos juramentos prestados pelos juizes americanos que se comprometem a exercer suas funções em conformidade “com a Constituição”.

A afirmação do *judicial review*, entretanto, descortinou fundados temores, notadamente pelas projeções hegemônicas advindas de sua possível magnitude. Assim, conforme relatado por Roger S. LEAL, a preocupação em restringir seu emprego se reflete claramente em duas das principais espécies de limitações impostas ao *judicial review* nos Estados Unidos: a aplicação da cláusula constitucional dos *cases or controversies* e a doutrina das *political questions*³⁷, tornando-se assente na jurisprudência constitucional norte-americana, nesta última hipótese, que certas questões ficam a cargo das instituições imbuídas de poderes

cargo. Assim, Marshall teve que encontrar uma maneira de negar Marbury o mandado de segurança que ele estava impetrando. A maneira que ele encontrou foi o Congresso declarar inconstitucional a concessão de competência ao Tribunal de Justiça, no Judiciary Act, de 1789; com a emissão do writ original do mandamus. Esse recurso para a revisão judicial, no entanto, atingiria leitores desde o início do século vinte e se tornou talvez até mais político do que teria sido a concessão do writ para Marbury. Mas Marshall não compreendia a revisão judicial como nós o fazemos hoje. Para Marshall e seus colegas, no Supremo Tribunal Federal, a atuação jurisdicional necessária não permitiria aos juizes alguma discricção política. No que parecer familiar, Marbury afirma o poder de revisão judicial, e Marshall reitera a sua crença em ‘princípios fundamentais’ do direito que foram ‘destinados a ser permanentes’” (NELSON. William E. **Marbury v. Madison: the origins and legacy of judicial review**. University Press of Kansas, 2000. p. 62-63).

³⁶ Refere-se ainda, nesse sentido, ao “comando constitucional que limita o âmbito de competência da Suprema Corte a *all cases arising under the Constitution*. Não seria plausível, na opinião de Marshall, que um caso surgido sob a Constituição fosse decidido sem o exame da própria Constituição” (LEAL, Roger Stiefelmann. Ob. Cit., p. 26-27).

³⁷ “A limitação do *judicial review* a casos e controvérsias, além de conduzir à restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade ao caso concreto, produz circunstâncias que atenuam eventuais reações contrárias ao Poder Judiciário. (...) Quem, no entanto, decide se está satisfeita a cláusula constitucional, se há efetivamente caso ou controvérsia, são os próprios tribunais. Parece claro, dessa forma, que os juizes acabam por controlar o seu próprio poder. O órgão que impõe o limite é o mesmo ao qual se destina o próprio limite. Esta situação de autocontrole confere aos tribunais uma certa liberdade na aferição da conveniência de se julgar determinada questão. Nítida é a tendência da jurisprudência da Suprema Corte, após a sedimentação do *judicial review* no contexto político norte-americano, em admitir o processamento de determinadas questões que tradicionalmente não se enquadrariam na definição de casos e controvérsias. (...) Em determinados casos, a Suprema Corte abstém-se de apreciar a constitucionalidade de um ato estatal, alegando que o caso submetido à apreciação judicial configura uma questão política” (LEAL, Roger Stiefelmann. Ob. Cit., p. 29-30).

eminentemente políticos³⁸. Ou seja, anos após a decisão de Marshall, o sensível tema do controle de constitucionalidade continuou a despertar atenção, movimentando o cenário político americano³⁹.

1.1.3. A proposta kelseniana e a Constituição austríaca de 1920.

A decisão proferida no caso *Marbury vs Madison* conformou um modelo específico de jurisdição constitucional⁴⁰. Nunca é demais recordar, todavia, que a Constituição austríaca de 1920 trilhou caminho diverso, com a delegação das atribuições correlatas ao controle das leis a um Tribunal Constitucional, sob o manto da inspiração kelseniana, cujo arquétipo acabou granjeando espaço na Europa

³⁸ Os parâmetros para definição de uma *political question* foram traçados no caso *Baker vs Carr*, apesar da vaguidade dos conceitos: "No caso *Baker vs. Carr*, a Suprema Corte procurou fornecer elementos para uma identificação mais precisa de uma *political question*. Contudo, sua tentativa foi, ao que parece, infrutífera. Afirmou a Corte estar diante de uma questão política quando: a) for textualmente demonstrável a atribuição da questão a algum órgão de natureza política; b) houver a carência de parâmetros judicialmente aplicáveis para resolver o caso; c) houver a impossibilidade de decidir a questão sem uma determinação política inicial claramente de âmbito não-judicial; d) identificar-se a impossibilidade de um tribunal promover uma solução independente sem expressar falta de respeito aos demais órgãos estatais; e) ocorrer uma incomum necessidade de aderir inquestionavelmente a uma decisão política já tomada; f) identificar-se a potencialidade de confusão ou embaraço em relação a múltiplos pronunciamentos de vários órgãos estatais sobre uma questão. Embora louvável a tentativa da Suprema Corte em detalhar as características que permitem identificar uma questão política, há que se admitir que delas resultam mais dúvidas ainda" (LEAL, Roger Stiefelmann. Ob. Cit., p. 31).

³⁹ "Somente cinco décadas mais tarde, em 1857, no caso *Dred Scott*, a Suprema Corte voltou a julgar uma lei do Congresso Nacional incompatível com a Constituição. O precedente integra o rol das decisões mal-afamadas da História Judiciária americana. A Suprema Corte disse inconstitucional lei que garantia a liberdade de negros que passassem por Estados não-escravagistas. A decisão é tida como um dos estopins da Guerra de Secessão" (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Ob. Cit., p. 52).

⁴⁰ "Na medida em que se distanciou no tempo da conjuntura turbulenta em que foi proferida e das circunstâncias específicas do caso concreto, ganhou maior dimensão, passando a ser celebrada universalmente como o precedente que assentou a prevalência dos valores permanentes da Constituição sobre a vontade circunstancial das maiorias legislativas" (BARROSO, Luis Roberto. Ob. Cit., p. 10).

continental⁴¹. Não se pode ignorar, de qualquer sorte, que antes de Kelsen, o abade SIEYÈS defendeu a idéia da jurisdição constitucional como instrumento de afirmação da supremacia da Constituição⁴².

Como é de se aceitar, alguns condicionantes históricos impediram a transposição hegemônica do modelo estadunidense para os países europeus (diga-se de passagem, nada de “novo” para o Velho Mundo!), notadamente como indisfarçável subterfúgio para afastar a subordinação do *monarca* ao texto constitucional⁴³.

Contribuiu ainda para tal distanciamento o culto à lei⁴⁴ enraizado pela *sacralização*⁴⁵ desta, cuja racionalidade apregoava o predomínio da *vontade geral*

⁴¹ “O modelo consagrado na Constituição austríaca de 1920 recebeu boa acolhida na Europa, sendo atualmente adotado em vários países, como Alemanha, Itália, Espanha, Bélgica, Turquia, Polônia, Macedônia, Hungria, Romênia, Eslovênia, República Tcheca, entre outros. A sua ampla adoção nos países da Europa, bem como o seu local de origem e a nacionalidade de seu principal artífice – Hans Kelsen – permitem que se designe tal modelo como sendo o modelo *europeu* de jurisdição constitucional” (LEAL, Roger Stiefelmann. Ob. Cit., p. 43). Aliás, o modelo “se expandiu notavelmente após a 2ª Guerra Mundial, com a criação e instalação de tribunais constitucionais em inúmeros países da Europa continental, dentre os quais Alemanha (1949), Itália (1956), Chipre (1960) e Turquia (1961). No fluxo da democratização ocorrida na década de 70, foram instituídos tribunais constitucionais na Grécia (1975), Espanha (1978) e Portugal (1982). E também na Bélgica (1984). Nos últimos anos do século XX, foram criadas cortes constitucionais em países do leste europeu (como Polônia, República Tcheca, Hungria) e africanos (Argélia e Moçambique)” (BARROSO, Luis Roberto. Ob. Cit., p. 43).

⁴² Vide, nesse sentido: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1985. p. 15.

⁴³ “Resulta sorprendente que el constitucionalismo europeo quedase totalmente a margen de esta formidable construcción del constitucionalismo americano, lo cual solamente puede explicarse por la degradación de la idea constitucional que supuso la prevalência del ‘principio monárquico’ como fuente formal – exclusiva o participante – de la Constitución, que implica reducir a ésta a un simple Código formal de articulación de los poderes del Estado, sin outra transcendencia general. En concreto, el próprio poder monárquico, titular personal de la burocracia y del Ejército, es un poder preconstitucional respecto del cual la Constitución será a lo sumo un cuadro de limitaciones ‘a posteriori’, pero nunca una fuente originaria de competencias y de Derecho. Sobre esta base material hubo de elaborarse la teoría del Derecho público en casi todo el mundo europeo” (ENTERRÍA, Eduardo García de. Ob. Cit., p. 55).

⁴⁴ “O culto à lei, fortemente enraizado na cultura política européia, também contribuiu para a rejeição do *judicial review* na Europa. A ideia de que a lei era fruto da razão – ou da *vontade geral*, na expressão de Rousseau, consagrada no art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem de 1789 e – portanto, infalível, propagou-se ao longo do século XIX e início do século XX” (LEAL, Roger Stiefelmann. Ob. Cit., p. 44).

⁴⁵ “A *sacralização da lei* é uma primeira explicação. A partir da Revolução de 1789, ao longo do século XIX e início do século XX, o dogma rousseauiano da infalibilidade da lei se impôs e raramente foi posto em dúvida. (...) Nos Estados Unidos a Constituição é sagrada; na Europa é a lei que é sagrada” (FAVOREU, Louis. Ob. Cit., p. 20).

do povo. Assim, o império da lei e o receio velado de um governo de juízes representavam fortes óbices ao controle de constitucionalidade no cenário europeu⁴⁶. Na base desse receio estava situado “o sentimento generalizado de desconfiança em relação ao Poder Judiciário, inspirado na lembrança dos Parlamentos do Antigo Regime”⁴⁷. Afinal, os juízes eram vistos, até então, com indisfarçável desconfiança e, não raro, como *adversários* potenciais da Revolução⁴⁸ e da soberania popular⁴⁹. Em contrapartida, era compreensível a fé depositada na supremacia do órgão legislativo, cuja *proeminência* vinculava os demais poderes às leis dele emanadas.

Destarte, as proposições teóricas de Hans KELSEN tiveram a virtude de apresentar soluções institucionais às objeções político-jurídicas que afastavam a implantação dos mecanismos correlatos à jurisdição constitucional na Europa,

⁴⁶ “*Se ha querido paliar a través de este sistema tan cuidadosamente articulado el riesgo de un gobierno de los jueces, que, además, entonces era especialmente peligroso en Europa por la vigencia, que en aquel momento la doctrina jurídica acepta, de dogmas como los de la Escuela Libre del Derecho, la libre recherche en Francia, la Volksgemeinschaft o comunidad del pueblo, el sentimiento colectivo, etc., que pretende liberar en cierta manera a los jueces de la observancia de la ley*” (ENTERRÍA, Eduardo García de. Ob. Cit., p. 132).

⁴⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A jurisdição administrativa no direito comparado: confrontações entre o sistema francês e o brasileiro. In **Reflexões sobre direito administrativo**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 61.

⁴⁸ “A ideia de uma Constituição sem proteção efetiva, e, portanto, de desdenhável valor jurídico, perdurou por bom tempo na Europa continental. Ali, o problema da proteção da Constituição, isto é, do seu valor jurídico, ficou em estado de latência até as crises do Estado liberal do final do século XIX e do primeiro quartel do século XX” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Ob. Cit., p. 22).

⁴⁹ “De fato, os movimentos revolucionários na França se voltaram contra o poder absoluto do monarca, tendo como objetivo primordial a derrubada do Antigo Regime. As arbitrariedades cometidas pelo governante e a manutenção de privilégios de uma classe minoritária provocaram o surgimento de uma reação coletiva capitaneada por um grupo economicamente forte (a burguesia), apoiada em premissas político-filosóficas que arranharam a legitimidade do poder absoluto. Cuidava-se da contraposição ao modelo absolutista de Estado, em que a legitimidade do poder do governante não encontrava respaldo popular. Assim, o poder era exercido por um monarca que figurava como encarnação ou representante de um ser superior, algo que remontava ao modelo de estruturação política do medievo. Por influxo do racionalismo presente no período, passou-se a questionar essa legitimidade mística do poder, exigindo-se um fundamento racional para a obediência devida à autoridade do monarca, de sorte a evitar que ela derivasse da ‘graça de Deus’, do carisma, da tradição ou de qualquer outra qualidade ou representação irracional. Além disso, a noção de individualismo que movia as doutrinas da época consistia em conceber os indivíduos como ‘filhos de uma mesma carne e de um mesmo sangue’, promovendo uma ruptura com os critérios estamentais e hierarquizantes de concessão de direitos e participação política. Dessa maneira, visava-se à diluição do poder do monarca, substituindo-o por uma instância que representasse a vontade política da coletividade composta por indivíduos iguais. E essa instância não poderia ser outra senão o Poder Legislativo escolhido diretamente pelo povo e que passaria a representar a soberania popular. Sendo assim, a lei espelharia a vontade mesma da coletividade” (LEITE, Glauco Salomão. Ob. Cit., p. 17).

sobressaindo-se, dessa forma, a desmitificação da suposição de ofensa à soberania do Parlamento⁵⁰.

Desse modo, na visão concebida por Kelsen, a adoção de um modelo *concentrado*⁵¹, responsável por resguardar a constitucionalidade das leis e decretos⁵², dar-se-ia com a implementação de mecanismos processuais próprios para provocar o órgão incumbido da jurisdição constitucional. Além disso, na concepção kelseniana, a prerrogativa conferida ao Tribunal Constitucional de atuar

⁵⁰ Com efeito, Kelsen reputou possível o exercício da jurisdição constitucional, rechaçando a arguição de incompatibilidade com a apregoada *soberania* do Parlamento: "Costumam-se fazer certas objeções a este sistema. A primeira, naturalmente, é que tal instituição seria incompatível com a soberania do Parlamento. Mas, à parte o fato de que não se pode falar de soberania de um órgão estatal particular, pois a soberania pertence no máximo à própria ordem estatal, esse argumento cai por terra pelo simples fato de que é forçoso reconhecer que a Constituição regula no fim das contas o processo legislativo, exatamente da mesma maneira como as leis regulam o procedimento dos tribunais e das autoridades administrativas, que a legislação é subordinada à Constituição exatamente como a jurisdição e a administração o são à legislação, e que, por conseguinte, o postulado da constitucionalidade das leis é, teórica e tecnicamente, absolutamente idêntico ao postulado da legalidade da jurisdição e da administração. Se, ao contrário dessas concepções, se continua a afirmar a incompatibilidade da jurisdição constitucional com a soberania do legislador, é simplesmente para dissimular o desejo do poder político, que se exprime no órgão legislativo, de não se deixar limitar pelas normas da Constituição, em patente contradição, pois, com o direito positivo" (Kelsen, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 151).

⁵¹ "A Constituição austríaca de 1920, nos seus artigos 137-48, estabeleceu tal centralização ao reservar a revisão judicial da legislação a uma corte especial, a assim-chamada Corte Constitucional [Verfassungsgerichtshof]. Ao mesmo tempo, a Constituição conferiu a essa corte o poder de anular a lei que considerasse inconstitucional. Nem sempre era necessário anular a lei inteira; caso a disposição inconstitucional pudesse ser separada do restante da lei, a corte podia anular apenas essa disposição. A decisão da corte invalidava a lei ou sua disposição particular não apenas no caso concreto, mas de modo geral, para todos os casos futuros. Tão logo a decisão entrasse em vigor, a lei anulada deixava de existir. A decisão anulatória da corte, em princípio, era efetiva apenas *ex nunc*; não tinha – a não ser por uma exceção de que trataremos adiante – força retroativa" (Kelsen, Hans. Ob. Cit., p. 305).

⁵² "Decretos editados 'diretamente com base na Constituição' podiam ser inconstitucionais do mesmo modo que as leis. Decretos editados 'com base nas leis' eram ilegais se não correspondessem à lei. Como a Constituição estabelecia que os decretos editados com base nas leis a elas deveriam corresponder, a promulgação de um decreto ilegal era uma violação da Constituição. A ilegalidade de decretos promulgados com base nas leis era uma inconstitucionalidade indireta. Num sistema legal como o descrito, a revisão judicial dos decretos é ainda mais importante que a das leis, pois o perigo de que os órgãos administrativos excedam os limites de seu poder de criar normas legais gerais é muito maior que o perigo de que se promulgue uma lei inconstitucional" (Kelsen, Hans. Ob. Cit., p. 302).

como legislador *negativo*⁵³, preservava o postulado clássico da separação dos poderes, pois dar-se-ia uma partilha da função legislativa entre dois órgãos⁵⁴.

Ressalte-se, entretanto, que a idealização de uma Corte Constitucional não passou imune a críticas, encontrando em Carl SCHMITT⁵⁵ ferrenho opositor das premissas assentadas por Kelsen⁵⁶, com a advertência de que tal solução resultaria na consagração de uma *instância política suprema*, com a transposição destas funções para a *aristocracia de toga*⁵⁷. Ao formular tais objeções, SCHMITT

⁵³ “A decisão da Corte Constitucional pela qual uma lei era anulada tinha o mesmo caráter de uma lei ab-rogatória. Era um ato negativo de legislação. Uma vez que a Constituição conferia à Corte Constitucional uma função legislativa, isto é, uma função em princípio reservada ao Parlamento, a carta de 1920 estabelecia que os membros da referida Corte deveriam ser eleitos pelo próprio Parlamento, e não, como os outros juízes, nomeados pelo executivo” (KELSEN, Hans. Ob. Cit., p. 305-306).

⁵⁴ “De este modo, el Tribunal Constitucional, en lugar de competidor del Parlamento, termina siendo su complemento lógico; no puede indagar la relación de adecuación o no de la norma legislativa con el supuesto de hecho que intenta regular (no examina, pues, la eventual injusticia de la Ley), sino que, como depositario de las categorías lógicas del ordinamiento, enjuiciará solo la validez de la Ley, por vía de simple lógica racional, desvinculada de la necesidad de decidir las controversias de pleitos reales, actuando, pues, concluye esta doctrina, como un ‘legislador negativo’, aunque sea un legislador que no actúe espontáneamente, sino a petición de parte. Para Kelsen el poder legislativo se ha dividido en dos órganos: uno, el Parlamento, titular de la iniciativa política, que es el ‘legislador positivo’; otro, el Tribunal constitucional, que elimina para mantener la coherencia del sistema las Leyes que no respetan el marco constitucional” (ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. Ob. Cit., p. 58-59).

⁵⁵ Com efeito, SCHMITT “considera inadequado, do ponto de vista da organização dos poderes do Estado, que um Tribunal específico ou mesmo o Poder Judiciário seja chamado a exercer a tarefa de ‘guarda da Constituição’, dirimindo as controvérsias suscitadas em face da Lei Maior. Segundo o autor, os litígios constitucionais residem, em sua quase-totalidade, na resolução de dúvidas sobre o sentido de determinada cláusula constitucional. A eliminação das imprecisões constantes do texto constitucional equivaleria, na visão do mestre alemão, a uma *determinação de conteúdo legal*, isto é, seria o resultado do exercício de uma atividade de caráter legislativo, ou, até mesmo, constituinte, e não jurisdicional. Muito embora entenda cabível reconhecer ao juiz uma certa liberdade de conformação, Schmitt julga impróprio *transferir-lhe a decisão em matéria política, que é própria do legislador, sem alterar sua posição constitucional*. Para Schmitt, o exercício da atividade jurisdicional no Estado de Direito, além de pautar-se pela estrita sujeição à lei, reside na singela tarefa de subsunção *processual e concreta* dos fatos à norma legal. (...) Assevera Schmitt que a sujeição das questões constitucionais a órgãos judicantes, sobretudo na forma proposta por Kelsen, não se limitaria a uma *judicialização da política*, mas resultaria numa *politização da justiça*” (LEAL, Roger Stiefelmann. Ob. Cit., p. 54-55).

⁵⁶ Em apertada síntese, Carl SCHMITT defende que a verificação de constitucionalidade se dá, eminentemente, por meio da colisão de normas, não se tratando, assim, de verdadeiro exercício de jurisdição, diante da inexistência de subsunção processual e concreta (SCHMITT, Carl. **La Defensa de la Constitución**. 2ª ed., Madrid: Tecnos, 1998. p. 84-86).

⁵⁷ “Nenhuma estrutura judicial poderia ocultar o fato de que se trataria, em tal tribunal do Estado ou constitucional, de uma instância de alta política dotada de poderes legislativos constitucionais. Do ponto de vista democrático, seria praticamente impossível transferir tais funções a uma *aristocracia da toga*” (SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Tradutor Geraldo de Carvalho, Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 228).

advogou em prol da idéia de que tais encargos pudessem recair na pessoa do Presidente do Reich, detentor, por natureza, das condições de independência, imparcialidade e neutralidade⁵⁸, decorrentes da eleição direta chancelada pelo povo alemão. Para SCHMITT, a vontade unificada da Nação estava personificada na pessoa do Chefe do Reich⁵⁹. KELSEN, por sua vez, embora não isolasse a identificação de um guardião da Constituição, depositou maiores esperanças na implementação de uma Corte Constitucional, confiando-lhe a garantia de equilíbrio dos sistemas políticos por meio do exercício da jurisdição constitucional.

Com a derrocada da Segunda Guerra Mundial, a concepção kelseniana ganhou prestígio, alastrando-se no Velho continente. Por tais razões, “o relevo da missão atribuída às cortes constitucionais obrigou que fossem elas concebidas com a garantia de independência. Estatuiu-se, também, o monopólio do contencioso constitucional, gerando o sistema concentrado de jurisdição”⁶⁰.

Desse modo, a configuração de uma Corte Constitucional dar-se-ia pelo exercício das prerrogativas traçadas para a jurisdição constitucional,

⁵⁸ “O presidente do Reich encontra-se no centro de todo um sistema de neutralidade e independência político-partidárias, construído sobre uma base plebiscitária. O ordenamento estatal do atual Reich alemão depende dele na mesma medida em que as tendências do sistema pluralista dificultam, ou até mesmo impossibilitam, um funcionamento normal do Estado legiferante. Antes que se institua, então, para questões e conflitos relativos à alta política, um tribunal como guardião da Constituição e, por meio de tais politizações, se onere e coloque em risco a justiça, dever-se-ia, primeiramente, lembrar desse conteúdo positivo da Constituição de Weimar e de seu sistema constitucional. Consoante o presente conteúdo da Constituição de Weimar, já existe um guardião da Constituição, a saber, o Presidente do Reich” (SCHMITT, Carl. Ob. Cit., p. 232-233).

⁵⁹ “Uma das passagens que mais rendeu críticas a Schmitt ficou marcada pela elaboração do texto ‘O Führer protege o Direito’, em 1934, pois dava a impressão de que Schmitt buscava alicerçar o nazismo com todas as vicissitudes decorrentes desse regime. De acordo com os apontamentos de Freund, apesar dessa compreensão inicial, Schmitt apenas acreditava que, após um momento mais crucial marcado pela ascensão de Hitler ao poder, este pudesse se transformar em um protetor moderado da Constituição sem partir para extremismos que desfigurariam o próprio sistema constitucional” (FURLAN, Fabiano Ferreira. O guardião da Constituição: debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. *In* **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 10, n.º 39, janeiro/março 2010. p. 128).

⁶⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Ob. Cit., p. 40.

independentemente das demais competências que lhe fossem assinaladas⁶¹. Assim, para a caracterização de um Tribunal Constitucional, além do exercício da jurisdição com a produção de decisões revestidas pela coisa julgada⁶², tornava-se relevante a veiculação de um estatuto específico de funcionamento com a designação das atribuições correlatas, “o que supõe portanto a inscrição das disposições necessárias na própria Constituição, assim como a autonomia estatutária administrativa e financeira da instituição e garantias de independência para os seus membros”⁶³. Os tratadistas que se ocuparam do tema - como é o caso de Louis FAVOREAU - assinalam ainda os critérios de *investidura especial* dos integrantes e membros desses Tribunais Constitucionais⁶⁴. Adiante-se que esses critérios especiais de *investidura*⁶⁵ conduzem, via de regra, à discussão *contramajoritária*, aspecto este que será enfrentado nos tópicos seguintes do trabalho.

1.1.4. A consolidação da supremacia constitucional diante dos novos programas normativos adotados pelas Constituições do pós-guerra.

⁶¹ “Outros atos podem também ser submetidos ao juízo de constitucionalidade do Tribunal Constitucional. Não raro, Tribunais Constitucionais, além do controle abstrato da constitucionalidade das leis, admitem apreciar atos concretos, tais como regulamentos administrativos e decisões judiciais proferidas pelos demais órgãos judicantes. A ampliação do objeto de controle a ser efetuado pelo Tribunal, apanhando, inclusive, atos normativos de caráter secundário, não tem o condão de alterar o modelo adotado. A tarefa precípua do Tribunal Constitucional – e que o caracteriza enquanto tal – centra-se no controle da regularidade constitucional das leis e atos normativos a ela equiparados” (LEAL, Roger Stiefelmann. Ob. Cit., p. 64). Aliás, as próprias Cortes constitucionais européias que se enquadram nesta moldura enfeixam competências diversas que extrapolam, em certa medida, as atribuições típicas do controle de constitucionalidade.

⁶² “Definitivamente, o que importa é que a Corte Constitucional afirme o Direito com autoridade de coisa julgada e que suas declarações de inconstitucionalidade possam terminar em anulações com efeito *erga omnes*” (FAVOREU, Louis. Ob. Cit., p. 32).

⁶³ FAVOREU, Louis. Ob. Cit., p. 27.

⁶⁴ “As Cortes Constitucionais, ao contrário das jurisdições ordinárias, não são compostas por magistrados de carreira, que alcançaram seu posto por meio de promoções regulares e progressivas. A indicação dos membros das Cortes não obedece aos critérios tradicionais, o que os distingue das jurisdições ordinárias (ainda que possam existir, no seio das jurisdições ordinárias, indicações que não correspondem aos critérios tradicionais, por exemplo, o Conselho de Estado Francês, por ocasião das indicações para o turno exterior), os juízes não são necessariamente magistrados, podem ser escolhidos também entre os professores de Direito, advogados, funcionários, como na França, onde não é mister que sejam juristas” (FAVOREU, Louis. Ob. Cit., p. 28).

O postulado da supremacia constitucional ampliou a órbita da jurisdição constitucional, cujas limitações passaram a ser impostas apenas pela sua própria conveniência. E, paralelamente a isso, a ascensão de novos grupos políticos às instâncias deliberativas de poder, com outros matizes ideológicos, conduziu a programas estatais intervencionistas⁶⁶. Isto porque o Estado-árbitro cedeu espaço ao Estado-providência, de modo que os tradicionais deveres de *abstenção* passaram a ser complementados pelas funções *prestacionais*⁶⁷.

Assim, o advento do *welfare-state* e das Constituições compromissórias⁶⁸ projetou importantes conotações, ainda que de maneira reflexa, ao ambiente da

⁶⁵ Os critérios especiais de investidura dos juizes das Cortes constitucionais são discutidos em: ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. A seleção dos juizes da suprema corte norte-americana. *In Revista IBRAJUS 1: Poder Judiciário e Administração da Justiça*. Vladimir Passos de Freitas, Karin Kässmayer, Curitiba: Juruá, 2008. N.º 01. p. 69-71.

⁶⁶ "Além da peculiar complexidade apresentada pelas chamadas normas programáticas, a Constituição do Estado-providência sujeita-se à impossibilidade prática de esmiuçar e exaurir a disciplina do econômico e do social. Cinge-se o constituinte, nesse particular, a instituir princípios e diretrizes, bem como outros preceitos normativos que contemplam em seus enunciados fórmulas e expressões de significado ambíguo, vago e impreciso. O texto constitucional encontra-se, assim, inclusive na parte que versa sobre os direitos e garantias fundamentais, recheado de formulações normativas de amplíssima textura que admitem um infinito leque de vias interpretativas" (LEAL, Roger Stiefelmann. Ob. Cit., p. 79).

⁶⁷ "O Estado mínimo, com reduzidas competências, vai assumindo mais e mais funções. O Estado-árbitro cede espaço para o 'Estado de prestações'. A própria ideia dos direitos fundamentais sofreu sensível deslocamento: em face do poder público, os cidadãos não dispõem, agora, apenas de direitos que possuam como contrapartida um dever de abstenção (prestações negativas); eles adquiriram direitos que, para sua satisfação, exigem do Estado um dever de agir (obrigação de dar ou de fazer: prestações positivas). Aos direitos clássicos, individuais (liberdade de locomoção, propriedade, liberdade de expressão, ou de informação, etc.), acrescentou-se uma nova geração de direitos como os relativos à (proteção da) saúde, educação, ao trabalho, a uma existência digna, entre outros" (CLÉVE, Clémerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 37).

⁶⁸ "Portanto, a emergência das Constituições 'programáticas', a emergência das Constituições que pretendiam organizar um tipo de debate distinto daquele que conhecemos no século XIX, suscitou um novo debate constitucional e, ao mesmo tempo, uma nova teorização sobre as relações entre democracia e jurisdição constitucional. Desse debate, podemos extrair um relativo consenso a propósito da afirmação segundo a qual todos os dispositivos da Constituição são norma, produzindo, salvo esta ou aquela exceção, uma eficácia de vinculação, de modo que em determinadas circunstâncias, mesmo demandando integração legislativa, seriam capazes de criar situações jurídicas negativas de vantagem" (CLÉVE, Clémerson Merlin. *Controle de constitucionalidade e democracia*. *In Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 51-52).

jurisdição constitucional, contribuindo para sua proeminência institucional⁶⁹. Aliás, a superação da imagem débil da juridicidade constitucional do período liberal⁷⁰ foi substituída pela prevalência de um plano superior de garantias normativas, com o desenho do Estado constitucional democrático de direito.

Com efeito, de acordo com Luis Prieto SANCHÍS, as Constituições atuais manifestam-se com um ambicioso programa *normativo*, que suplanta a mera esfera de organização do poder, com a pretensão (velada ou não) de condicionar de modo importante as decisões da maioria, pois, apesar de o protagonismo fundamental estar delegado ao legislador democrático, tem-se que, nos sistemas jurídicos contemporâneos, a última palavra passa a ser confiada aos juízes⁷¹.

Por tais razões, a ampliação do debate torna-se recomendável e, como tal, as intrincadas questões daí decorrentes serão objeto de investigação nos tópicos subsequentes do trabalho.

⁶⁹ “Na medida em que as decisões do Judiciário são capazes de produzir consequências profundas nas relações sociais, nos deveres estatais, na atuação dos governantes, etc., é natural a intensificação da fiscalização sobre este ‘gigante’ (CAPPELLETTI) recém-desperto. Afinal, o controle recíproco insere-se na própria teoria da separação dos poderes” (TAVARES, André Ramos. **Reforma do judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a justiça**: comentários completos à emenda constitucional n.º 45/04. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 18).

⁷⁰ “Com a superação da imagem débil da juridicidade constitucional caracterizada no período liberal e a afirmação, por parte do modelo de Estado social de direito, do caráter *normativo das constituições*, que passará a integrar um plano de juridicidade superior, como forma de assegurar o possível *normativo* que estava, indubitavelmente, suprimido em face da prevalência restrita do *juridicamente regulado*, ficou evidenciada a necessária consolidação de um modelo de Estado que pudesse imprimir em sua fórmula a constitucionalização da validade jurídica sob os contornos da dinamização inerente aos conteúdos de direito condensados no *dever ser* (legitimador) da soberania popular” (DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico. *In* **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. Écio Oto Ramos Duarte, Suzana Pozzolo, São Paulo: Editora Landy, 2006. p. 22).

⁷¹ Vide, neste particular: SANCHÍS, Luis Pietro. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003. p. 110.

1.2. A agregação dos instrumentos e técnicas de controle de constitucionalidade na jurisdição brasileira.

1.2.1. A inauguração do controle difuso no Brasil e o regramento constitucional subsequente.

Como é de se observar, a Constituição da velha República (de 1891) marcou o advento do controle *difuso* de constitucionalidade na experiência nacional⁷², com a herança do padrão estadunidense⁷³. Contudo, a sua implementação foi bastante restrita, não só pela formação preponderantemente *privatística* dos juízes brasileiros⁷⁴, familiarizados com o sistema da *civil law* e poucos afetos com a idéia

⁷² É recomendável ressaltar que, por vezes, o sistema incidental veiculado pela Constituição republicana de 1891 é também chamado de *difuso*, com a utilização desses adjetivos como sinônimos. Ocorre, entretanto, que "nem todo sistema de controle incidental atribui *difusamente* aos órgãos jurisdicionais competência para decidir o incidente de inconstitucionalidade. Em vários países, como já visto precedentemente, os juízes têm o poder de apenas conhecer e suscitar o incidente, elevando-o à apreciação da Corte Constitucional; e a esta se reserva, em caráter concentrado, a competência para dirimir as questões de constitucionalidade" (BINENBOJM, Gustavo. Ob. Cit., p. 123/124). No entanto, para os objetivos traçados no presente estudo, adstrito ao exame dos quadrantes da jurisdição constitucional brasileira, adotar-se-á o emprego indiscriminado dos vocábulos, ainda que a melhor técnica redacional recomende a prudência na utilização desses.

⁷³ "Com o advento da República em terras brasileiras, a Constituição de 1891, com o reforço da Lei 221/1894, inaugura uma nova passagem de relacionamento entre os poderes constituídos no Brasil. De um modelo de monopólio de tomada de decisões pelo Estado, a partir de um poder central, *Moderador*, conforme desenhado pela Constituição Imperial de 1824 (art. 98), passamos, com a Constituição Republicana de 1891, a um modelo que admitia o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis federais e 'leis e atos dos governos dos Estados em face da Constituição'" (LAMY, Marcelo; e, CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Reflexões sobre as súmulas vinculantes. *In Reforma do judiciário: analisada e comentada* / coordenação André Ramos Tavares... [et. al.], São Paulo : Editora Método, 2005. p. 297).

⁷⁴ "Talvez a origem não republicana da maioria de seus primeiros componentes tenha sido um fator de não tomada de consciência imediata de seu importante papel republicano. De fato, o Supremo Tribunal Federal foi criado pelo Decreto n.º 848, de 11.10.1890. No dia 12 de novembro desse mesmo ano foram nomeados os seus 15 ministros; 13 deles originários do Supremo Tribunal de Justiça do Império, entre os quais havia um visconde e três barões, dois outros vieram da magistratura de primeiro grau, incluindo o referido Piza e Almeida. Como poderiam aqueles nobres que vieram do Império terem consciência do papel republicano do Tribunal?" (SILVA, José Afonso. Corte constitucional, equilíbrio de poderes e proteção da cidadania. *In Anais da XVIII conferência nacional dos advogados - cidadania, ética e estado*. Salvador, Brasília: Conselho federal da ordem dos advogados do Brasil, 2003. p. 1349).

de declarar a inconstitucionalidade das leis⁷⁵; como também pela falta de instrumentos jurídicos que permitissem ao Supremo Tribunal Federal a plena efetividade daquelas funções outorgadas.

Assim, a desestruturação do sistema político-econômico sob o qual repousava as estruturas da Velha República⁷⁶ e os fatos históricos que se seguiram, com o advento da Revolução de 1930 e a instituição do Governo Provisório⁷⁷,

⁷⁵ "Observa-se, assim, que se repetia o mesmo problema ocorrido com a transição da Casa de Suplicação para o Supremo Tribunal de Justiça. *Novos paradigmas eram trabalhados a partir de velhas estruturas de saber (e de poder)*. No caso do Supremo Tribunal Federal republicano, a questão assumia foros de dramaticidade, uma vez que, no Império, não havia forma de controle jurisdicional de constitucionalidade. Como esperar que proventos magistrados, afetos a um modelo imperial-escravocrata, pudessem entender e perfectibilizar um modelo de Constituição e de controle judicial de constitucionalidade? *Como olhar o novo com os olhos do velho?*" (STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002. p. 341).

⁷⁶ "Em síntese, no decorrer da década de 1920, desestruturou-se progressivamente o sistema sócio-político-econômico sob o qual repousavam as estruturas da Velha República. O padrão de desenvolvimento capitalista, baseado na monocultura e na agroexportação, inviabilizou-se como forma de acumulação. De fez-se o consenso oliguárquico que sustentava o predomínio dos interesses dos cafeicultores sobre a nação, observou-se a crescente urbanização e o início de um incipiente processo de industrialização no cenário nacional, até então predominantemente agrário, ao passo que os inconformismos contra o regime começavam a percorrer a sociedade brasileira, eclodindo em manifestações políticas, como o tenentismo" (SILVA, Paulo Sérgio da. **A Constituição brasileira de 10 de novembro de 1937: um retrato com luz e sombra**. São Paulo: Editora Unesp, 2008. p. 33-34).

⁷⁷ "E, dentre outros atos, o Governo Provisório aposentou compulsoriamente, pelo Decreto n.º 19.711, de 18.2.1931, os Ministros Godofredo Cunha, Edmundo Muniz Barreto, Antônio C. Pires e Albuquerque, Pedro Afonso Mibieli, Pedro dos Santos e Geminiano da França (além de Desembargadores, Juizes, um Promotor e um Curador, em ato de 20.2.1931 – Decreto n.º 19.720). Terá sido, sem dúvida, a experiência mais dramática vivida pela Corte, em toda a sua história, porque não só atingida em seus membros como em sua competência" (CÔRREA, Oscar Dias. **O supremo tribunal federal, corte constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 10).

conduziram à promulgação da Constituição de 1934⁷⁸, a qual veiculou, pela primeira vez, o mecanismo da resolução *senatorial* para suspensão da execução do ato normativo inconstitucional (a qual é objeto de exame mais adiante).

A Carta de 1934, desse modo, introduziu ainda a possibilidade de se controlar diretamente a constitucionalidade das leis por via da *representação interventiva*⁷⁹. Com efeito, o art. 12 daquela Constituição contemplou a intervenção federal nos Estados, dispondo que “a União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo: (...) V – Para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras *a* a *h* do artigo 7º, n.º I, e a execução das leis federais; (...) § 2º. Ocorrendo o primeiro caso do n.º V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade”. Nesses termos, ao Procurador-Geral da República foi atribuída a competência de submeter ao Supremo Tribunal Federal a apreciação da lei que declarou a

⁷⁸ “Tal frouxidão constitucional quanto ao controle de validade da Lei Maior permitiu na República Velha as conhecidas crises federativas e a prevalência das oligarquias estaduais sobre o Governo Central, o que, aliás, decorria do acordo de vontade entre os dois maiores Estados – São Paulo e Minas Gerais – na aliança que ficou conhecida como *política do café com leite* e cujo idealizador foi o paulista Prudente de Moraes, o primeiro civil ocupante do cargo de Presidente da República. Arthur Bernardes, que governou de 1922 a 1926 sempre em regime de estado de sítio, providenciou a Emenda de 5 de setembro de 1926, dando ao Supremo Tribunal Federal o poder de dirimir os conflitos entre os juízes federais e dos Estados, bem como conhecer dos recursos das decisões dos juízes e tribunais federais, cabendo a estes processar e julgar as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal. Tais alterações, no entanto, tiveram pouco tempo de vida útil, pois logo em 1930 veio a denominada Revolução Liberal que levou Getúlio Vargas ao poder, o qual baixou, com força de Constituição, o Decreto n.º 19.398, de 11 de novembro de 1930, dispondo em seu art. 3º que *o Poder Judiciário Federal, dos Estados, do Território do Acre e do Distrito Federal continuará a ser exercido na conformidade das leis em vigor, com as modificações que vierem a ser adotadas de acordo com a presente e as restrições que desta mesma lei decorrem desde já*” (SLAIBI FILHO, Nagib. Breve história do controle de constitucionalidade. In **20 anos da constituição brasileira** / coordenação Eduardo Ribeiro Moreira e Marcio Pugliesi, São Paulo: Saraiva, 2009. p. 299).

intervenção, a qual dar-se-ia para assegurar os princípios constitucionais assinalados no artigo 7º daquela Constituição⁸⁰, podendo ensejar, assim, a intervenção federal⁸¹. O instituto em questão, nas palavras de Oscar Vilhena VIEIRA, pode ser considerado o *embrião* da ação direta de inconstitucionalidade⁸², que passou a vigorar no direito constitucional brasileiro a partir da EC n.º16, de 06.12.1965.

Por outro lado, o caráter autoritário e centralizador da Constituição de 1937 foi *refratário* ao controle de constitucionalidade, escapando ao itinerário ora traçado⁸³. Com efeito, sob os influxos daquela Carta, jamais foi maquiada a instituição de um

⁷⁹ “Alteração que diretamente interessa foi a introdução da representação para intervenção da União no Estado-membro como instrumento jurídico para a execução de ordens e decisões dos juízes e tribunais federais e, principalmente, também assegurar a observância dos princípios constitucionais da forma republicana representativa, independência e coordenação dos Poderes, temporariedade das funções eletivas, autonomia dos Municípios, garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público estaduais, prestação de contas da administração, possibilidade de reforma constitucional e competência do Poder Legislativo para decretá-la e representação das profissões nos órgãos legislativos segundo o padrão federal. Assim, como até hoje está nos arts. 34 e 36 da Constituição de 1988, introduziram-se mecanismos de intervenção a serem efetivados através de processo judicialiforme instaurado perante o Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República em caso de vulneração dos princípios constitucionais que depois Raul Machado Horta denominou de *princípios constitucionais sensíveis*, além de se prever a intervenção material por descumprimento de decisão judicial” (SLAIBI FILHO, Nagib. Ob. Cit., p. 300).

⁸⁰ “Art. 7º. Compete privativamente aos Estados: I – Decretar a Constituição e as leis por que se devem reger, respeitados os seguintes princípios: a) forma republicana representativa; b) independência e coordenação dos poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada aos mesmos prazos dos cargos federais correspondentes e proibida a reeleição de Governadores e Prefeitos para o período imediato; d) autonomia dos Municípios; e) garantia do Poder Judiciário e do Ministério Público locais; f) prestação de contas da Administração; g) possibilidade de reforma constitucional e competência do Poder Legislativo para decretá-la; h) representação das profissões”.

⁸¹ “A Constituição de 1934 inovou a respeito, determinando a prévia submissão pelo Procurador-Geral da República da lei que houvesse decretado a intervenção ao Supremo Tribunal Federal para que este dissesse sobre sua constitucionalidade. Criou-se o que hoje se conhece como ‘ação direta interventiva’. O objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal era a *lei federal* que decretou a intervenção e não a lei estadual, como se disse, posto que os Estados poderiam violar a Constituição sem lei” (PALU, Oswaldo Luiz. Ob. Cit., p. 113).

⁸² VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo tribunal federal: jurisprudência política**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002. p. 121.

⁸³ “A rigor, nesse período, não se pode falar em sistema constitucional, em supremacia da constituição, em direitos individuais protegidos pela Constituição. Acrescente-se que, durante a ditadura Vargas, o Parlamento não foi convocado, e o Presidente exerceu esta ‘prerrogativa’ por decreto-lei (...). A competência atribuída aos Juízes, aos Tribunais e ao Supremo Tribunal Federal (o nome é restabelecido) é totalmente esvaziada pela possibilidade da ‘cassação’ dos efeitos da decisão judicial, por proposta do Presidente da República, aprovada por dois terços em cada casa, nos termos do artigo 96” (SANTANA, Izaías José de. Ob. Cit., p. 69-70).

presidencialismo *forte*, sendo que, na esfera do controle de constitucionalidade, manteve-se o modelo *difuso* sem a remessa ao Senado⁸⁴.

A Constituição de 1946, a seu turno, retornou “ao sistema implantado em 1891 e aperfeiçoado em 1934, adotando, portanto, o sistema difuso de matriz norte-americana e prevendo a possibilidade de controle da constitucionalidade por via da ação direta nos casos de intervenção federal”⁸⁵. Assim, o § único do art. 8º da Constituição de 1946 contemplava que “o ato argüido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarar, será decretada a intervenção”⁸⁶. Registre-se, contudo, que sob a égide da Constituição de 1946, “o Brasil retomou a tradição do bicameralismo no Parlamento (art. 37, da Constituição Federal), e com isso devolveu ao Senado – ainda que já não o tratasse mais de ‘órgão de coordenação dos poderes’ – a atribuição para ‘suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal’ (artigo 64)”⁸⁷.

1.2.2. A adoção do controle concentrado na experiência brasileira.

Como é cediço, a derradeira consagração do modelo de controle concentrado e abstrato no sistema nacional surgiu sob a égide da Constituição de 1946, quando, por meio da Emenda Constitucional n.º 16/1965, o Procurador-Geral da República

⁸⁴ Sob a égide da Carta de 1937, “chama atenção a previsão constitucional que devolvia ao Presidente a apreciação de declarações de inconstitucionalidade pelos tribunais: ‘Art. 96. Parágrafo único. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República seja necessária ao bem estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do tribunal’. A previsão, que era inédita no nosso constitucionalismo, não passou de nova concentração de poderes no Executivo, para suspender os efeitos de decisões jurisdicionais, especificamente na área da Jurisdição Constitucional. Aliás, neste particular, salta aos olhos que a última palavra sobre o que era constitucional ou não, não era nem mesmo do legislativo, pois estava dissolvido por determinação da nova Constituição” (VIEIRA, Renato Stanzola. Ob. Cit., p. 124-125).

⁸⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. Ob. Cit., p. 121.

⁸⁶ “Após o eclipse autoritário do Estado Novo, sob cuja égide o Presidente Getúlio Vargas chegou a editar Decretos reafirmando a validade de textos de lei declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, a Constituição de 1946 restaura a tradição do controle judicial no Direito brasileiro. A par da manutenção do sistema difuso e da competência do Senado Federal para suspender a execução de atos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, instituiu-se a chamada *representação interventiva*, que permitia a arguição pelo Procurador Geral da República, da incompatibilidade de atos normativos estaduais com os chamados princípios constitucionais sensíveis” (BINENBOJM, Gustavo. Ob. Cit., p. 125-126).

⁸⁷ VIEIRA, Renato Stanzola. Ob. Cit., p. 127.

passou a dispor da prerrogativa de *representar*, abstratamente, perante o Supremo Tribunal Federal, a inconstitucionalidade de uma lei federal ou estadual. Ressalte-se, nesse particular, que o mencionado método surgiu no Brasil sob o manto do Golpe Militar de 1964, e tal hipótese não foi por acaso, pois “a preocupação dos militares era justamente de estabelecer um mecanismo rápido e eficaz para evitar que juízes e tribunais, com pensamento democrático, mediante decisões de controle difuso de constitucionalidade obstaculizassem ações do *establisment*”⁸⁸.

Contudo, apesar de tradicionalmente se propugnar pelo advento da eficácia *erga omnes* da decisão de procedência no âmbito desta novel modalidade de ação direta de inconstitucionalidade, observou-se, na prática, certa hesitação por parte do Supremo Tribunal Federal em fazer valer a autoridade de seus julgamentos quando o alegado descumprimento não tivesse partido do então legitimado para propositura daquela. Com efeito, o emprego da reclamação - como remédio processual expedito - vinha sendo aceito apenas para os órgãos com legitimidade ativa para o desencadeamento do controle concentrado. Com isso, os demais possíveis interessados na prevalência da decisão exarada no controle concentrado ficavam de certa forma alijados do emprego da reclamação e, por via de consequência, a eficácia *erga omnes* estava mais imbuída de traços *retóricos* do que propriamente alcance prático (vide, neste sentido, as conclusões exaradas no julgamento da Reclamação 397, julgada pelo STF em 25.11.1992, DJU 21.05.1993)⁸⁹.

⁸⁸ STRECK, Lênio Luiz. Ob. Cit., p. 354.

⁸⁹ EMENTA: “RECLAMAÇÃO - GARANTIA DA AUTORIDADE DE DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - EXCEPCIONALIDADE DO SEU CABIMENTO - AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE ATIVA - PEDIDO NÃO CONHECIDO. - O ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, faz instaurar processo objetivo, sem partes, no qual inexistente litígio referente a situações concretas ou individuais. A natureza eminentemente objetiva do controle normativo abstrato afasta o cabimento do instituto da reclamação por inobservância de decisão proferida em ação direta (Rcl 354, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Coloca-se, contudo, a questão da conveniência de que se atenuem o rigor dessa vedação jurisprudencial, notadamente em face da notória insubmissão de alguns Tribunais judiciais às teses jurídicas consagradas nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em ações diretas de inconstitucionalidade. - A expressão ‘parte interessada’, constante da Lei n.º 8.038/90, embora assumam conteúdo amplo no âmbito do processo subjetivo, abrangendo, inclusive, os terceiros juridicamente interessados, deverá no processo objetivo de fiscalização normativa abstrata, limitar-se apenas aos órgãos ativos ou passivamente legitimados a sua instauração (CF, art. 103). Reclamação que não é de ser conhecida, eis que formulada por magistrados, estranhos ao rol taxativo do art. 103 da Constituição” (STF – Pleno - Recl. 397 – Rel. Min. Celso de Mello – j. 25.11.1992 – DJ 21.05.1993).

De qualquer sorte, retomando a gradual evolução do sistema de controle de constitucionalidade pátrio, pode-se dizer que, sob os auspícios da Constituição de 1967, assim como na vasta reforma empreendida por meio da Emenda Constitucional n.º 1/1969, foram mantidos, em linhas gerais⁹⁰, os parâmetros e dispositivos implementados pela EC n.º 16/1965. Ainda durante a égide da Carta de 1969, foi editada a EC n.º 7/1977, que atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar “as causas processadas perante quaisquer juízos ou tribunais, cuja avocação deferir, a pedido do Procurador Geral da República, quando decorrer imediato perigo e lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido” (CF 1967/69, art. 119, letra o).

A partir daí, restaram definidas as linhas embrionárias deste sistema que passou a ser conhecido como *misto*⁹¹, também chamado de *eclético* ou *híbrido*, responsável por agregar o controle de constitucionalidade difuso-incidental e o concentrado, o qual restou mantido - em seus contornos gerais - pela Constituição Federal de 1988. Desse modo, a jurisdição constitucional brasileira pode ser definida pela conjugação dos critérios orgânicos e funcionais⁹², envolvendo a atividade jurisdicional de interpretação e proteção da Constituição. E, nesse particular, *mutatis mutandis*, o recurso extraordinário passou a enfeixar o meio processual por

⁹⁰ “No regime das cartas outorgadas em 1967/69 houve apenas algumas modificações: a) ausência de previsão de ação direta de controle de leis municipais a cargo dos Estados-membros; b) transferência para o Poder Executivo (Presidente da República) da prerrogativa de suspender a eficácia de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal; d) representação a cargo do Procurador-Geral da República para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual; e) possibilidade de concessão de cautelar nas representações de inconstitucionalidade” (SANTANA, Izaias José de. Ob. Cit., p. 85).

⁹¹ Ao se falar em sistema “misto”, qualificativo frequentemente utilizado pela doutrina, não se está a cogitar da acepção empregada por José Afonso da SILVA, vale dizer, de um sistema integrado pelo controle político e pelo controle jurisdicional: “O controle misto realiza-se quando a constituição submete certas categorias de leis ao controle político e outras ao controle jurisdicional, como ocorre na Suíça, onde as leis federais ficam sob o controle jurisdicional” (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004. p. 49).

⁹² “Desse modo, cabe apreciar a intuição vanguardista e original no desenvolvimento do sistema de controle brasileiro. De fato, no nosso sistema, fica difícil adotar uma distinção fundada em critério de eficácia objetiva (*erga omnes*) e eficácia subjetiva (*inter partes*) para delimitar as fronteiras conceituais entre controle difuso e concentrado de constitucionalidade de normas. Parece correta, sim, a adoção de um critério orgânico (= de quem exerce o controle) ...” (VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de niklas luhman**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 31).

excelência do controle *difuso* de constitucionalidade⁹³, ocupando papel singular na defesa reflexa dos interesses subjetivos dos jurisdicionados.

1.2.3. A Constituição de 1988 e a consagração de novas ferramentas.

O constituinte de 1988, por sua vez, aperfeiçoou a sistemática envolvendo o controle de constitucionalidade nacional, ajustando as velhas ferramentas e agregando novos instrumentos. Com efeito, os reflexos das inovações impingidas pela Constituição vigente ao sistema de jurisdição constitucional podem ser notados a partir dos seguintes aspectos: (i) conferiu-se ênfase à ação direta de inconstitucionalidade, o que resultou no aumento do rol de legitimados para sua propositura⁹⁴, retirando-se o *monopólio* das mãos do Procurador-Geral da

⁹³ “A partir da CF/88, o âmbito do recurso extraordinário se restringiu ao de vetor do controle difuso de constitucionalidade, inserindo-se na mutação da competência do STF, convertido em corte constitucional, sem embargo de outras atribuições e menor significação. Funciona como privilegiado instrumento para controlar a densa atividade desenvolvida pelos demais órgãos judiciários nessa área específica. Todavia, o extraordinário continuou a ser apontado, bem ou mal, como fator predominante da crise do STF, cujo último remédio consiste no instituto da repercussão geral, outra vez importado da América do Norte. E, de resto, a importância do controle difuso se diluiu, a partir da exacerbação das vias de controle concentrado de constitucionalidade, e da instituição dos respectivos remédios (ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade). O recurso extraordinário apresenta um traço específico, no quadro do controle da constitucionalidade, que lhe assegura um lugar singular. Essa via de impugnação serve, à diferença do processo objetivo instaurado no controle concentrado, à tutela dos interesses dos litigantes. As controvérsias que grassam a esse respeito – por exemplo, no caso da revisão – têm pouco sentido, graças à comparação com as marcantes características do controle concentrado no direito brasileiro. O lugar ocupado pelo nobre remédio, na dupla condição de instrumento subserviente ao direito subjetivo dos litigantes e ferramenta do controle de constitucionalidade, garante-lhe fisionomia singular e a merecida sobrevivência” (ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos cíveis**, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 692).

⁹⁴ “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (redação determinada pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004); I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (redação dada pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004); V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (redação dada pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004); VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. §1º. O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal. § 2º. Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. § 3º. Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado. § 4.º (revogado pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004)”.

República⁹⁵; (ii) contemplaram-se ainda, o cabimento da ação direta de inconstitucionalidade por *omissão*⁹⁶ e a figura do mandado de injunção⁹⁷ previstos, respectivamente, no artigo 103, § 2º⁹⁸, e no artigo 5º, inciso LXXI, da CF/88⁹⁹ (apesar do *atavismo* conferido a estas figuras e da comedida interpretação

⁹⁵ Como lembra Paulo BONAVIDES, “no direito anterior à Constituição vigente, ou seja, pelas Cartas de 1946 e 1967 só havia um canal para a proposta de tal ação, conforme vimos: o Procurador-Geral da República. Concentrava-se ele nesse tocante todo o poder de iniciativa. Com a Constituição de 1988 isso porém já não acontece (...)” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8ª ed., São Paulo : Malheiros, 1999. p.300). E, conforme ressalva de Gustavo BINENBOJM, “ao receber qualquer requerimento para o ajuizamento de representação por inconstitucionalidade, dispunha o Procurador-Geral da República de uma ampla margem de discricionariedade na apreciação da plausibilidade da demanda, o que, no final das contas, restringia significativamente o acesso de autoridades públicas e da sociedade civil em geral à prestação jurisdicional da Suprema Corte. Vale lembrar, por oportuno e relevante, que até o advento da Constituição de 1988 o Procurador-Geral da República era nomeado e exonerado *ad nutum* pelo Presidente da República, (...)” (BINENBOJM, Gustavo. Ob. Cit., p. 128).

⁹⁶ Diga-se de passagem, “a ação direta de inconstitucionalidade por omissão não se encaixa no modelo concentrado de controle de constitucionalidade das leis, numa perspectiva clássica, na medida em que, no sistema engendrado por Kelsen, os juízes da Corte Constitucional somente atuariam como um legislador negativo” (APPIO, Eduardo. **Controle de constitucionalidade no Brasil**. 1ª ed., 3ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2009. p. 119).

⁹⁷ “Diversamente da inconstitucionalidade por omissão, não se pretende obrigar o legislador a preencher a lacuna que inviabiliza o exercício de direito, mas garantir por força da sentença judicial a aplicação imediata do preceito constitucional fazendo cessar a lesão decorrente da omissão. Não há que se falar em ação legislativa do judiciário, mas simplesmente numa aplicação direta da Constituição ao caso concreto” (VIEIRA, Oscar Vilhena. Ob. Cit., p. 130).

⁹⁸ “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (...) § 2º. Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”. Contudo, trata-se aí de “uma norma problemática, pois na medida em que não impõe um prazo para que a omissão detectada pelo Supremo seja suprida, à exceção dos órgãos administrativos, a decisão declaratória da inconstitucionalidade passa a ter pouca força executiva. É razoável, no entanto, que assim seja, pois não seria desejável que o Supremo tivesse o poder de suprimir a discricionariedade legislativa do Parlamento. O sentido vago do enunciado pode possibilitar que essa discricionariedade se transforme, muitas vezes, em arbitrariedade. A resolução desse dilema ainda não foi encontrada nem na legislação nem na jurisprudência” (VIEIRA, Oscar Vilhena. Ob. Cit., p. 130).

⁹⁹ “LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

jurisprudencial em relação a estes institutos¹⁰⁰); (iii) a previsão autorizativa acerca do emprego da ação direta de inconstitucionalidade estadual, referida como “representação de inconstitucionalidade” no artigo 125, § 2º, da CF/88¹⁰¹; (iv) a instituição do mecanismo da arguição de descumprimento de preceito fundamental (artigo 102, § 1º, CF/88¹⁰²); (v) o redirecionamento do uso do recurso extraordinário apenas para enfrentamento das questões constitucionais etc. O quadro em questão foi complementado ainda, no decorrer dos últimos anos, com a agregação das Emendas Constitucionais n.º 3/1993 e n.º 45/2004, analisadas adiante.

Assim, neste sistema denominado *misto* ou *híbrido*, convivem (i) a possibilidade de qualquer juiz poder se manifestar acerca da inconstitucionalidade de uma determinada lei ou ato normativo do Poder Público federal, estadual ou municipal, afastando a sua incidência do caso concreto, pronunciamento este que, do ponto de vista formal, permanece adstrito às partes envolvidas no litígio formalmente instaurado, e (ii) a possibilidade de manejo das ferramentas e técnicas da via concentrada, vale dizer, emprego da ação direta de inconstitucionalidade genérica (artigo 102, I, alínea “a”, da CF/88), da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2º, da CF/88), da ação declaratória de constitucionalidade

¹⁰⁰ “Ambos os instrumentos – e não há nenhuma novidade em dizê-lo -, por variegadas razões, não se revelaram aptos a remediar o crônico problema da mora legislativa no cumprimento de obrigações positivas impostas pela Constituição” (BINENBOJM, Gustavo. Ob. Cit., p. 131). Com efeito, “declarada a omissão inconstitucional por parte dos órgãos de jurisdição constitucional, adota-se como efeito ordinário, na maior parte das experiências constitucionais, a cientificação do órgão inadimplente para que adote as providências necessárias à colmatação da lacuna. Tal resolução, embora de duvidosa utilidade prática, faz permanecer o entendimento de que aos órgãos de jurisdição constitucional é vedado substituir-se ao legislador e adotar as devidas medidas normativas. Ainda assim, a exortação jurisdicional encaminhada ao poder omisso importa em severa censura política e interferência em relação aos seus critérios de mérito” (LEAL, Roger Stiefelmann. Ob. Cit., p. 83-84). Além disso, de acordo com Teori Albino Zavascki, “as recomendações e admoestações do Judiciário quanto à inércia legislativa de um modo geral não têm logrado sensibilizar os responsáveis pela elaboração das normas” (ZAVASCKI, Teori Albino. Ob. Cit., p. 18).

¹⁰¹ “Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição: (...) § 2º. Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão”.

¹⁰² Redação conferida pela EC/1993: “Art. 102. (...) § 1º. A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

(artigo 103, *caput*, da CF/88), da ação direta interventiva (artigo 36, III, da CF/88¹⁰³) e ainda da arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º, da CF/88).

Além disso, o modelo de controle de constitucionalidade nacional é complementado ainda pela atuação exercida pelos demais Poderes da República¹⁰⁴. Como tal, Luis Roberto BARROSO divide essas formas de atuação em: (a) controle de constitucionalidade desempenhado pelo Poder Executivo, no qual se incluem (i) o poder de veto, (ii) a possibilidade de descumprimento e inobservância da lei inconstitucional¹⁰⁵ e (iii) a possibilidade de propositura da ação direta; e (b) controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Legislativo, integrado (i) pelo pronunciamento da Comissão de Constituição e Justiça, (ii) pela hipótese de rejeição e afastamento do veto do Chefe do Executivo, (iii) pela sustação de ato normativo do Poder Executivo, (iv) pelo juízo prévio acerca das medidas provisórias, (v) pela aprovação de emenda constitucional superadora da interpretação fixada pelo STF,

¹⁰³ "Art. 36. A decretação da intervenção dependerá: (...) III – de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal". Aliás, em episódio recente da vida política nacional, o Procurador-Geral da República, Sr. Roberto Gurgel, apresentou ao STF pedido de Intervenção Federal (IF 5179) no Distrito Federal. De acordo com o Procurador-Geral, o pedido de intervenção busca retomar a normalidade institucional, a própria credibilidade das instituições e dos administradores públicos, bem como resgatar a observância necessária do princípio constitucional republicano, da soberania popular – atendida mediante a apuração da responsabilidade dos eleitos – e da democracia.

¹⁰⁴ "No Brasil, onde o controle de constitucionalidade é eminentemente de natureza judicial – isto é, cabe aos órgãos do Poder Judiciário a palavra final acerca da constitucionalidade ou não de uma norma –, existem, no entanto, diversas instâncias de controle político da constitucionalidade, tanto no âmbito do Poder Executivo – e.g., o veto de uma lei por inconstitucionalidade – como no do Poder Legislativo – e.g., rejeição de um projeto de lei pela Comissão de Constituição e Justiça da casa legislativa, por inconstitucionalidade" (BARROSO, Luis Roberto. Ob. Cit., p. 42).

¹⁰⁵ "Sem embargo da razoabilidade do argumento adverso, o conhecimento tradicional acerca da possibilidade de o Estado descumprir lei que fundadamente considere inconstitucional não foi superado, como se colhe na jurisprudência e na doutrina que prevaleceram. Costuma-se lembrar, como uma primeira razão, o fato de que o Prefeito não figura no elenco do art. 103, de modo que pelo menos em relação a ele dever-se-ia aplicar o regime anterior, com a consequência curiosa de que, na prática, passaria o Chefe do Executivo municipal a ter, nessa matéria, mais poder que o Presidente e o Governador. Mas o principal fundamento continua a ser o mesmo que legitimava tal linha de ação sob as Cartas anteriores: o da supremacia constitucional. Aplicar a lei inconstitucional é negar aplicação à Constituição. A tese é reforçada por um outro elemento: é que até mesmo o particular pode recusar cumprimento à lei que considere inconstitucional, sujeitando-se a defender sua convicção caso venha a ser demandado. Com mais razão deverá fazê-lo o chefe de um Poder" (BARROSO, Luis Roberto. Ob. Cit., p. 65).

(vi) pela possibilidade de propositura de ação direta por parte de órgãos do Poder Legislativo e (vii) pela possibilidade de *revogação* da lei reputada inconstitucional¹⁰⁶.

Cabe reforçar que, em matéria de controle de constitucionalidade, os principais mecanismos traçados pelo constituinte de 1988 foram regulamentados pelas Leis n.º 9.868/1999 e 9.882/1999, as quais serão examinadas nos tópicos subsequentes.

¹⁰⁶ Com efeito, ao se admitir a ideia kelseniana de que o controle de constitucionalidade equivale à *anulação* das leis viciadas ("legislador negativo"), tem-se que ao Legislativo compete revogá-las por ato de conveniência e oportunidade: "Caso a Corte Constitucional reconheça como inconstitucional a lei examinada, deve anulá-la. A anulação pode se referir a toda a lei ou apenas a algumas de suas disposições. (...) Uma lei só é anulada por decisão judicial. Tal efeito, naturalmente, só se realiza com a publicação da decisão anulatória, assim como a eficácia jurídica de uma lei só se inicia com sua publicação" (KELSEN, Hans. Ob. Cit., p. 25).

1.3. A Emenda n.º 03/1993 e a constitucionalização do efeito vinculante no Brasil.

1.3.1. A conformação da ação declaratória de constitucionalidade (EC n.º 03/1993).

Dentre as inovações implantadas no controle de constitucionalidade nacional após o advento da Constituição de 1988, é possível afirmar que a Emenda Constitucional n.º 03/1993 foi, seguramente, uma das mais importantes. Afinal, foi ela a responsável pela constitucionalização do efeito vinculante no direito brasileiro, antes previsto apenas no artigo 187 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, ao se referir ao efeito vinculante¹⁰⁷, tem-se o fenômeno que “transcende o nível meramente intelectual de vinculação dos órgãos judiciais às decisões do STF e o transforma em uma vinculação dissuasória (...), na qual o descumprimento dessa orientação pelos juízes e tribunais acarreta a revisão de suas decisões, nesse caso, via o meio expedito da reclamação”¹⁰⁸. De maneira próxima, Paulo Roberto Lyrio PIMENTA aduz que “a eficácia vinculante é uma eficácia qualificada que confere obrigatoriedade à observância das decisões e súmulas do Pretório Excelso, possibilitando a utilização de reclamação constitucional para invalidar a decisão judicial ou administrativa que dispuser em sentido contrário”¹⁰⁹. E, por sua vez, Gilmar Ferreira MENDES procura conceituá-lo da seguinte forma:

Trata-se de instituto jurídico desenvolvido no Direito Processual alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por aquela Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados *fundamentos* ou *motivos determinantes* (*tragende Gründe*). (...) Todavia, o *efeito vinculante*, que deflui dos *fundamentos determinantes* (*tragende Gründe*) da decisão, obriga o legislador a observar estritamente a interpretação que o tribunal conferiu à Constituição¹¹⁰.

¹⁰⁷ Registre-se que não há a pretensão de se estabelecer, no trabalho em curso, uma classificação e(ou) tentativa de sistematização dos mecanismos atinentes ao efeito vinculante. Ademais, a ênfase empreendida diz respeito ao resguardo da autoridade das decisões constitucionais emanadas do STF na via do controle difuso.

¹⁰⁸ SCAFF, Fernando Facury e MAUÉS, Antonio G. Moreira. A trajetória brasileira em busca do efeito vinculante no controle de constitucionalidade. In **Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a ec n.º 45/2004** / coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier... [et. al.], São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 241.

¹⁰⁹ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Ob. Cit., p. 68-69.

¹¹⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n.º 9.868, de 10-11-1999**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.. 397-398.

Por força do efeito vinculante, há que se reconhecer a projeção de certos pronunciamentos decisórios para a generalidade dos casos em que a mesma questão jurídica venha a se fazer presente, sob pena de restar configurada afronta à autoridade do tribunal responsável por assentar aquele entendimento. Desse modo, apesar de se poder compreender o efeito vinculante como fenômeno relativamente recente no constitucionalismo brasileiro, observa-se gradual ampliação e difusão nesta técnica dissuasória.

Assim, conforme realçado, a Emenda n.º 03/1993 veiculou a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar a ação declaratória de constitucionalidade, acrescentando ao artigo 102 da Constituição da República o § 2º (segundo), responsável por estipular que as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dessas ações teriam eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo¹¹¹. Pela primeira vez, portanto, naquele quadrante normativo, o efeito vinculante foi mencionado no texto constitucional brasileiro¹¹². Importante destacar que os reclamos pela criação deste mecanismo processual revelava, desde então, a presença latente de divergências jurisprudenciais na via do controle difuso, o qual, por sua vez, era tributário da “ausência de mecanismos eficazes de articulação dos dois sistemas”¹¹³ (leia-se: a vertente difuso/incidental e a vertente concreta/abstrata).

¹¹¹ Antes da Emenda Constitucional n.º 03/1993, assim dispunha o artigo 102, inciso I, alínea “a” da Constituição: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual”. Com o advento da Emenda n.º 3/1993 o artigo 102, inc. I, alínea “a” do texto constitucional passou a vigorar com a seguinte redação: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I. processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”. O parágrafo segundo do dispositivo em questão passou a contemplar que: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”.

¹¹² Luis Roberto BARROSO, citando posicionamento de Jorge MIRANDA, observa que a ação declaratória de constitucionalidade não apresenta similar rigorosamente próximo no direito constitucional comparado (BARROSO, Luis Roberto. Ob. Cit., p. 176).

¹¹³ SCAFF, Fernando Facury e MAUÉS, Antonio G. Moreira. Ob. Cit., p. 232.

Com a vigência da EC n.º 03/1993, foram suscitadas diversas críticas¹¹⁴ e controvérsias a respeito da legitimidade político-constitucional da então criada ação declaratória de constitucionalidade, as quais foram superadas e decididas na Questão de Ordem oferecida no julgamento da ADC n.º 01-1/DF, julgada em sessão plenária pelo STF em 27.10.1993, reputando-se por sua compatibilidade com a ordem jurídico-constitucional. Com efeito, à primeira vista, pode parecer até estranho o emprego de uma ação judicial para declarar a compatibilidade de lei ou ato normativo com o texto constitucional diante da presunção de constitucionalidade que acompanha a norma jurídica¹¹⁵. Porém, pragmaticamente, tal suposição veio a se tornar aceitável diante da possibilidade, em tese, de decisões divergentes sobre a constitucionalidade de uma determinada lei ou ato normativo federal, ou mesmo diante da possibilidade de a Administração Pública exigir comportamento inexigível dos particulares com base numa lei potencialmente inconstitucional. Por tais razões, Luis Roberto BARROSO afirma que o objetivo central desta medida consiste em “afastar a incerteza jurídica e estabelecer uma orientação homogênea na matéria”¹¹⁶.

¹¹⁴ “As críticas contra a introdução da ação declaratória se resumiam no seguinte: a) há a presunção de constitucionalidade do ato normativo, razão pela qual não haveria necessidade de declarar que algo é constitucional; b) não haveria réu na ação, pois na ação direta de inconstitucionalidade o Advogado-Geral da União seria citado para defender o ato impugnado, enquanto que na ação declaratória não haveria essa citação e o ato ficaria sem defesa, ofendendo o devido processo legal; c) o efeito vinculante constante das decisões de mérito da ação declaratória de constitucionalidade atentaria contra a liberdade do Poder Judiciário, obrigando os juízes de primeiro grau a decidir conforme a decisão do Supremo Tribunal Federal. Todas as críticas foram rejeitadas pela Corte Suprema, que entendendo que se tratava de um processo objetivo, sem necessidade do cumprimento das garantias próprias do processo subjetivo, decidiu que a Emenda Constitucional seria constitucional. Quanto ao cerceamento da liberdade dos juízes, o argumento era de que haveria mais celeridade e segurança jurídica com tal decisão vinculante” (ARAUJO, Luiz Alberto David. A reforma do poder judiciário [EC n.º 45] e o controle concentrado de constitucionalidade. In TAVARES, André Ramos [et al.] (coord.) **Reforma do judiciário: analisada e comentada**. São Paulo: Editora Método, 2005. p. 223)

¹¹⁵ De acordo com Marcelo NEVES, o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos normativos induz uma função *pragmática* para o sistema normativo, pois evita o caos decorrente da eventual possibilidade dos administrados deixarem de observá-las por entenderem que são inconstitucionais (NEVES, Marcelo. Ob. cit., p. 145-146).

¹¹⁶ BARROSO, Luis Roberto. Ob. Cit., p. 176.

Aliás, de acordo com Roger S. LEAL, a profusão de decisões divergentes daquelas exaradas pelo Supremo Tribunal Federal¹¹⁷ representa uma forma de recalcitrância¹¹⁸ dos demais poderes e órgãos jurisdicionais do Estado. Não por outra razão, defende o autor que o princípio da segurança jurídica justifica a instituição de mecanismos garantidores do *efeito vinculante*, como forma de obstar a perpetuação de controvérsias infundadas acerca do conteúdo e alcance da Constituição, com o prestígio da interpretação constitucional¹¹⁹.

Consoante José Afonso da SILVA, a ação declaratória de constitucionalidade presta-se ao objetivo de afastar estado de controvérsia generalizada por meio da coisa julgada vinculante, (i) seja confirmando as decisões proferidas a respeito de determinada matéria, concluindo-se, em definitivo, pela inconstitucionalidade da lei, (ii) seja reformando essas decisões com a declaração da constitucionalidade da lei¹²⁰.

O objeto precípua da ação declaratória de constitucionalidade consiste, por conseguinte, no reconhecimento da compatibilidade entre a Constituição e a lei ou ato normativo questionado, compreendendo-se, para tal finalidade, as seguintes

¹¹⁷ Vide, nesse sentido, os julgados do extinto Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul que consideravam de aplicabilidade imediata e eficácia plena o comando normativo do § 3º do art. 192 do texto da Constituição (posteriormente revogado pela EC n.º 40/2003), fixando no limite máximo de 12% (doze por cento) ao ano a taxa de juros reais, apesar dos precedentes e sinalização diversa do Supremo Tribunal Federal, inclusive por força do julgamento da ADI n.º 4-7/DF (STF - Rel. Min. Sidney Sanches – j. 07.03.1991).

¹¹⁸ “A substancial irresignação em face das decisões dos Tribunais Supremos, no modelo de jurisdição constitucional difusa, e dos Tribunais Constitucionais, no modelo de jurisdição constitucional concentrada, promove, em síntese, violação inaceitável da própria ordem constitucional. (...) Inverte a lógica constitucional pretender suportar interpretação diversa da conferida pelo intérprete máximo da Constituição. A *ratio* que informa a função de guarda da Constituição torna, inclusive, muito provável que a própria insubordinação seja, por fim, submetida ao juízo do órgão com o qual se travou a controvérsia” (LEAL, Roger Stiefelmann. Ob. Cit., p. 111-112).

¹¹⁹ “A realização de atos baseada em exegese constitucional divergente da firmada pelo intérprete máximo do texto constitucional apenas contribui para a instabilidade e insegurança da ordem político-constitucional” (LEAL, Roger Stiefelmann. Ob. Cit., p. 115).

¹²⁰ “Visa ela, pois, solucionar esse estado de controvérsia generalizado por via da coisa julgada vinculante, quer confirme as decisões proferidas concluindo-se, em definitivo, pela inconstitucionalidade da lei, com o que se encerram os processos concretos em favor dos autores, quer reforme essas decisões com a declaração da constitucionalidade da lei. O termo *reformular* não é sem propósito, porque a declaração de constitucionalidade, no caso, tem o efeito de inverter o sentido daquelas decisões. Daí certo sentido avocatório que persiste nessa ação, bem sabido, aliás, que ela veio como substitutivo da avocatória que existiu no sistema constitucional revogado e que mereceu sempre muita repulsa dos meios jurídicos” (SILVA, José Afonso da. Ob. Cit. p. 58).

espécies normativas: (i) emendas à Constituição, (ii) leis complementares, (iii) leis ordinárias, (iv) leis delegadas, (v) medidas provisórias, (vi) decretos legislativos, (vii) resoluções e (viii) decretos autônomos¹²¹. Em última análise, a fiscalização abstrata da constitucionalidade é fenômeno que permite sindicalizar qualquer das figuras assinaladas no art. 59 da Constituição Federal.

Contudo, no tocante à propositura da ação declaratória de constitucionalidade, é exigível a configuração de *controvérsia real* entre algumas dessas espécies normativas e a Constituição da República, consoante critérios assentados na Questão de Ordem oferecida na ADC 01, julgada pelo Supremo Tribunal Federal¹²² e, posteriormente, regulamentados pelo artigo 14 da Lei n.º 9.868/1999.

Forçoso reconhecer, entretanto, que ao mesmo tempo em que a ação declaratória de constitucionalidade substanciou incremento notável no sistema jurídico nacional, as disposições da EC n.º 03/1993 criaram um disparate nos contornos da jurisdição constitucional brasileira. De um lado, as decisões proferidas nas ações declaratórias de constitucionalidade passaram a estar imbuídas de eficácia contra todos e efeito vinculante, enquanto as decisões correlatas externadas no campo das ações diretas de inconstitucionalidade – originárias do texto promulgado em 1988 – continuavam adstritas apenas à eficácia geral. Tal incongruência, cabe anotar, foi identificada pelo Ministro Sepúlveda PERTENCE no célebre julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 04/DF¹²³. Diga-

¹²¹ “Os atos normativos em espécie, cuja constitucionalidade pode vir a ser declarada, são substancialmente os mesmos que se sujeitam a impugnação na ação direta de inconstitucionalidade (v., *supra*): emenda à Constituição, lei complementar, lei ordinária, lei delegada, medida provisória, decreto legislativo, resolução e decretos autônomos” (BARROSO, Luis Roberto. Ob. Cit., p. 181).

¹²² “Em sua decisão, embora não expresse juízo de inconstitucionalidade por omissão, a Corte aprovou a exigência de comprovação, na inicial, de controvérsia judicial prévia sobre a matéria objeto da ação, em nome do princípio da presunção de constitucionalidade das leis” (LEAL, Roger Stiefelmann. Ob. Cit., p. 88).

¹²³ Com efeito, em seu pronunciamento, o Ministro anotou que: “Já em diversas oportunidades, Sr. Presidente, desde a primeira discussão na ADC 01, tenho enfatizado que por serem ambas as ações tipicamente dúplices, a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade têm, na verdade, um objeto comum. E este caráter dúplice da ação direta de inconstitucionalidade é uma peculiaridade nossa e de poucos sistemas de controle de constitucionalidade, salvo engano o brasileiro, o alemão e só um outro mais (ver meu voto na AOr 166). Dela tanto pode resultar, se julgada procedente, a declaração de inconstitucionalidade, quanto, se julgada improcedente, a declaração de constitucionalidade. E aqui, creio que estamos sozinhos no mundo, com a criação da ação declaratória de constitucionalidade. Nela, também se tem – aí por disposição expressa da Constituição, seja qual for o sentido da decisão que nela se tome:

se de passagem, a ADC n.º 04 serviu ainda para ratificar a possibilidade de concessão de medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade, ocasião em que se firmou a força vinculante deste tipo de pronunciamento.

Tais questões não foram ignoradas pela doutrina nacional, pois, fazendo coro com o posicionamento encampado pelo Ministro Sepúlveda PERTENCE, Ives Gandra da Silva MARTINS e Gilmar Ferreira MENDES afirmam que, uma vez aceita a ideia segundo a qual ação declaratória de constitucionalidade configura uma ação direta de inconstitucionalidade com sinal “trocado” (invertido) e, possuindo ambas caráter “dúplice” ou “ambivalente”¹²⁴, não era possível aceitar que a decisão proferida em uma delas estivesse dotada de efeitos ou consequências diversas daquelas reconhecidas para a outra¹²⁵.

1.3.2. A edição da Lei n.º 9.868/1999.

procedente, declarando-se constitucional a lei; improcedente, declarando-se inconstitucional a lei –, que essa sentença, seja qual for o seu sentido tem eficácia *erga omnes* e força vinculante. Por isso mesmo – o que não está em causa – porque são ações rigorosamente dúplices, com o objeto rigorosamente idêntico e potencialmente rigorosamente comuns, é que entendo que seria ‘kafkiano’ limitar o poder vinculante a uma e negá-la a outra. Então teríamos nós, que temos tão poucos processos para decidir – e que estamos, por isso, à beira da falência, para não declará-la de logo –, que julgar duas vezes a mesma questão: declarada constitucional a lei, porque improcedente a ADIn – decisão teria eficácia *erga omnes*, mas seria um ‘sino sem badalo’, sem força vinculante – e, no dia seguinte, o interessado teria que vir com uma ação declaratória de constitucionalidade para que acrescentássemos, nesta mesma Sala, repetindo os mesmos votos, um outro efeito à sentença já proferida”.

¹²⁴ Dessa ambivalência, entretanto, discorda Lênio Luis STRECK, ao afirmar que “*não é nada pacífica a ideia de que no direito comparado a ação direta de inconstitucionalidade e a não pronúncia de inconstitucionalidade (eis que sequer existe ação declaratória de constitucionalidade) possam constituir duas faces de uma mesma moeda*” (STRECK, Lênio Luiz. Ob. Cit., p. 440). (grifos conforme original).

¹²⁵ “A equiparação era, pois, um imperativo lógico, se a ação direta de inconstitucionalidade nada mais é do que uma ação declaratória de constitucionalidade com sinal trocado. Tanto assim que o Supremo Tribunal Federal já vinha reconhecendo a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante nessa modalidade de controle concentrado, pois, declarado o vício por decisão definitiva, a inconstitucionalidade fulmina a eficácia da norma, retirando-lhe a força impositiva – ao contrário do que ocorre no controle difuso, em que é preciso Resolução do Senado para retirá-la do mundo jurídico” (Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n.º 9.868, de 10-11-1999, Ives Gandra da Silva MARTINS e Gilmar Ferreira MENDES, p. 126). Reconhecendo a natureza “dúplice” destas ações, posiciona-se ainda Teori Albino ZAVASCKI: “Tanto a ação direta de inconstitucionalidade quanto a declaratória de constitucionalidade têm natureza dúplice, ou seja, ambas têm aptidão para firmar, quando julgadas no seu mérito, juízo de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade do preceito normativo que lhes dá objeto. Assim, a procedência da ação direta de inconstitucionalidade opera declaração de nulidade da norma inconstitucional, com a sua conseqüente eliminação do ordenamento jurídico” (ZAVASCKI, Teori Albino. Ob. Cit., p. 45).

A correção parcial das distorções anunciadas acima se deu com o advento da Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1.999¹²⁶, ocasião em que foram equiparados os efeitos das decisões proferidas nas ações declaratórias de constitucionalidade e nas ações diretas de inconstitucionalidade¹²⁷. De acordo com o artigo 28, § 2º, da Lei n.º 9.868/1999, a pronúncia de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive no tocante à interpretação conforme a Constituição e ainda no que tange à declaração parcial de inconstitucionalidade, sem redução de texto, dispõe de eficácia contra todos e efeitos vinculantes em relação aos órgãos do Poder Judiciário, bem como em relação à Administração Pública federal, estadual e municipal. Contudo, naquele quadrante normativo, a padronização destes efeitos estava adstrita ao âmbito da legalidade infraconstitucional.

Assim, com o advento da Lei n.º 9.868/99, o STF optou por alargar o cabimento da reclamação constitucional, com a extensão do seu emprego em favor

¹²⁶ No tocante ao processamento desse tipo de demanda, a Lei n.º 9.868/1999 exigiu que a petição inicial da ação declaratória venha a ser subscrita por advogado (artigo 14, parágrafo único), em duas vias, contendo a indicação do dispositivo da lei ou do ato normativo questionado, com a identificação (i) dos fundamentos jurídicos do pedido, (ii) do pedido com suas especificações, acompanhados ainda (iii) da demonstração da controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição controversa. Como é de se observar, a ação declaratória não comporta pedido de *desistência* (artigo 16) nem intervenção de terceiros (artigo 18), mas admite que o relator venha a solicitar pareceres de *experts* versados no assunto controverso ou informações dos demais Tribunais Superiores, Federais ou Estaduais, num prazo de trinta dias, indagando-os acerca da aplicação da norma questionada no âmbito de suas competências (artigo 20, parágrafos 1º, 2º e 3º). Havendo decisão pela maioria de seus membros, pode o Supremo Tribunal Federal conceder cautelar para que os juízes e os Tribunais hierarquicamente inferiores suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo até o seu julgamento final (artigo 21). Apesar das controvérsias iniciais que marcaram a possibilidade (ou não) de concessão de provimentos liminares, é de se advogar em prol desta possibilidade. Com efeito, são indisputáveis, nesse particular, os argumentos perfilhados por Teori Albino ZAVASCKI: "Não se justifica a restrição ao alcance da liminar, ainda, pela similitude entre a ação declaratória de constitucionalidade e a ação direta de inconstitucionalidade. (...) Parafraseando o argumento, pode-se afirmar que também seria 'kafkiano' conter ou restringir as virtualidades da liminar a uma e não a outra. Não há razão alguma para justificar que, quando o autor da ação afirma a constitucionalidade da norma, a liminar se limite apenas à suspensão do julgamento e permita amplamente medidas de outra natureza quando afirma a sua inconstitucionalidade" (ZAVASCKI, Teori Albino. Ob. Cit., p. 63).

¹²⁷ "Se uma das funções da Lei 9.868/99 foi incorporar a jurisprudência até então solidificada, ela trouxe algumas novidades. Dentre elas, além de permitir a perícia das referidas ações, modelar os seus efeitos com fundamento na segurança jurídica das relações, mediante um *quorum* especial, referida lei, em seu art. 28, parágrafo único, estendia os efeitos vinculantes da ação declaratória de constitucionalidade à ação direta de inconstitucionalidade. A lei, portanto, estava dando o mesmo tratamento das decisões de mérito da ação declaratória de constitucionalidade para as ações diretas de inconstitucionalidade, ou seja, o efeito vinculante. Entendemos que a lei não poderia estender tal questão. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, entendeu que seria possível que a lei estendesse os efeitos vinculantes para a ação direta de inconstitucionalidade, reconhecendo a sua constitucionalidade. Desta forma, o efeito vinculante passou a ser aplicado tanto para a ação declaratória de constitucionalidade como para a ação direta de inconstitucionalidade" (ARAUJO, Luiz Alberto David. Ob. Cit., p. 225).

de todos aqueles que possam se deparar com decisões contrárias ao entendimento sufragado pela Corte. Desde então, no tocante aos limites objetivos da coisa julgada, observou-se ainda discussão acerca de seu alcance, isto é, se os efeitos da decisão atingiam também os seus motivos ou fundamentos determinantes ou se permaneciam adstritos à parte dispositiva do comando decisório. Adiante-se que o exame deste tema será retomado no terceiro e último capítulo do presente trabalho. Todavia, por uma ou por outra via interpretativa, parece acertado concluir que a decisão constitucional coíbe que o dispositivo seja aplicado pelos demais Tribunais e órgãos jurisdicionais e ainda pela Administração Pública, acaso venha a ser a ação julgada improcedente, ou reconhece que o ato impugnado é definitivamente constitucional e, por isso, impõe aos entes nominados a obediência aos termos da sua decisão.

Além disso, por força das disposições emandadas da Lei n.º 9.868/1999, o Supremo Tribunal Federal passou a dispor da prerrogativa de conceder medida cautelar, no curso da ação declaratória de constitucionalidade, para que os juízes e os Tribunais hierarquicamente inferiores suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo discutido até o julgamento final do processo objetivo (artigo 21¹²⁸). Destarte, o art. 11 da Lei n.º 9.868/1999 estabelece que a medida cautelar em sede de ação direta de inconstitucionalidade dispõe de “eficácia contra todos”, possuindo efeitos “ex nunc, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa”. Ou seja, tal como as sentenças definitivas, os provimentos cautelares (liminares) emanados das ações de controle concentrado espraíam eficácia contra todos e efeitos vinculantes¹²⁹. O cumprimento

¹²⁸ “Art. 21. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo”.

¹²⁹ “Na verdade, o efeito vinculante é decorrência necessária da eficácia social do provimento e do poder geral de cautela inerente à função jurisdicional. Por se tratar de provimento vocacionado a operar no domínio social, a medida antecipatória somente terá algum sentido prático se for apoiada por meios coercitivos aptos a impor seu cumprimento, ou seja, na medida em que estiver dotada de efeito vinculante. Em face da sua natureza preventiva, destinada a afastar os possíveis danos que, daí em diante, possam comprometer a efetividade do provimento final, a medida liminar tem, em regra, apenas eficácia futura, ou seja, *ex nunc*. Mas, embora não produza a anulação ou a extinção de atos anteriores, compreende-se no provimento liminar a inibição dos efeitos futuros daqueles atos. Admite-se, excepcionalmente, eficácia retroativa (Lei 9.868, de 10.11.1999, art. 11, § 1º), destinada a recompor o estado anterior, caso essa providência seja necessária para afastar o *periculum in mora*” (ZAVASCKI, Teori Albino. Ob. Cit., p. 66-67).

desses provimentos opera-se de dois modos, vale dizer, por meio de reclamação (matéria que será detalhada no tópico final deste estudo) e pelas vias ordinárias¹³⁰. Por sua vez, o seu caráter de provisoriedade perdurará até o advento da (i) sentença de procedência da ação de controle concentrado, ou (ii) revogação do provimento liminar, impondo-se a necessidade de ajustamento das situações jurídicas resultantes do cumprimento da medida revogada¹³¹.

Demais disso, um dos avanços mais significativos contemplados pela Lei n.º 9.868/1999 - para fins de corroborar algumas mitigações à eficácia retroativa do controle de constitucionalidade -, está substanciado na regra do art. 27 daquele diploma legal¹³²: "Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu

¹³⁰ Isso significa dizer que "deferida a liminar, ninguém será legítimo invocar em seu favor, nem aos tribunais aplicar, o preceito normativo cuja vigência tiver sido por ela sustada em ação direta, ou negar aplicação à norma cuja vigência foi por ela imposta na ação declaratória. Se a norma suspensa criou ou aumentou tributo, ao Fisco não se permitirá lançá-lo. Se já o lançou, não poderá cobrá-lo, nem judicial, nem extrajudicialmente. Dispondo a norma sobre aumento de vencimentos, fica a Administração impedida de pagá-lo, e o servidor inibido de exigi-lo. Fenômeno idêntico, e com sentido oposto, ocorre na ação declaratória de constitucionalidade: deferida liminar impondo a vigência da norma, inibe-se a todos e para todos os efeitos, a invocação da sua inconstitucionalidade. (...) O controle do cumprimento das medidas antecipatórias opera-se por dois modos: (a) por via de reclamação, no âmbito do controle concentrado, ou (b) por ação individual, nas vias ordinárias. (...) Não sendo caso de reclamação, ou não sendo ela ajuizada, a execução da liminar pode ser fiscalizada e operada por via jurisdicional difusa, no âmbito dos processos individuais. Cumpre ao juiz, vinculado que está à decisão proferida na ação de controle concentrado, dar-lhe o devido cumprimento ao julgar as demandas individuais em que a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do preceito normativo esteja em causa" (ZAVASCKI, Teori Albino. Ob. Cit., p. 67-68).

¹³¹ ZAVASCKI, Teori Albino. Ob. Cit., p. 71-72.

¹³² Comentando a regra do art. 27 da Lei n.º 9.868/99, Luis Roberto BARROSO afirma que: "O dispositivo permite, portanto, que o Tribunal: a) restrinja os efeitos da decisão, excluindo de seu alcance, por exemplo, categoria de pessoas que sofreriam ônus ponderando, como excessivo ou insuportável; b) não atribua efeito retroativo a sua decisão, fazendo-a incidir apenas a partir de seu trânsito em julgado; e, c) até mesmo que fixe apenas para algum momento no futuro o início de produção dos efeitos da decisão, dando à norma uma sobrevida. Trata-se, como se percebe claramente, da formalização de um mecanismo de ponderação de valores" (BARROSO, Luis Roberto. Ob. Cit., p. 161).

trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”¹³³. É que, em sede doutrinária e jurisprudencial, tem-se defendido, no Brasil, por força do princípio da nulidade da lei inconstitucional, a eficácia retroativa da pronúncia de inconstitucionalidade, daí porque o art. 27 da Lei n.º 9.868/1999 pode ser empregado para fins de resguardar os efeitos e consequências jurídicas de certos fatos pretéritos¹³⁴, até mesmo porque a ocorrência destes últimos não pode ser eliminada com a decisão constitucional¹³⁵. Vale dizer: a distinção entre o plano *factual* e o plano *normado* justifica a modulação *prospectiva* ou *retrospectiva* da decisão constitucional¹³⁶.

¹³³ “Com essa fórmula, inspirada imediatamente na Constituição Portuguesa de 1976, mas historicamente amadurecida na experiência da nossa jurisdição constitucional, tem-se em mira atenuar as consequências das declarações de inconstitucionalidade, em ordem a impedir que, por amor aos *princípios*, os juízes acabem contrariando a *natureza das coisas*, desnecessariamente aliás, porque a *Constituição nem proíbe, nem exige efeito retroativo*, como bem salientam os autores do projeto. Conscientes da *gravidade* e do risco de se atribuir semelhante prerrogativa a um tribunal - mesmo que essa corte seja o Supremo Tribunal Federal -, gravidade e risco que se potencializam pelo caráter aberto e indeterminado dos conceitos de *segurança jurídica* e de *excepcional interesse social*, cuidaram os idealizadores da proposta de justificá-la à exaustão, certamente atentos à advertência de que o abandono dos precedentes exige não apenas a *explicitação ordinária* das razões de fato e de direito que fundamentam essa mudança de posição, como também uma *justificação adicional* dos motivos que levaram o intérprete a se afastar do critério anterior. Afinal de contas, sempre se entendeu que uma lei declarada inconstitucional *não é lei de forma alguma* e, por isso, há de ser tida como *nula e de nenhum efeito*... Então, por que mudar? Por que abandonar esse velho e confortável entendimento, que tem a seu favor argumentos lógicos da maior consistência? Por que, enfim, preservar situações que se criaram ao abrigo de normas sabidamente inconstitucionais? Simplesmente porque assim o exige a *natureza das coisas* e porque a *vida do direito não tem sido lógica, tem sido experiência*...Pela radical mudança de perspectiva consubstanciada nessa ousada proposta, é de se considerar que aí se encontra a maior e a mais importante abertura em nosso processo de controle abstrato de constitucionalidade, porque dará ensejo a que o Supremo Tribunal Federal - alertado sobre todas as consequências das suas decisões -, venha a adotar, sem contorcionismos, uma realística *jurisprudência de resultados*, assumidamente inspirada nos valores da *segurança jurídica* e do *interesse social*, que são congêntos à ideia de direito” (COELHO, Inocêncio Mártires. As ideias de peter haberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro, *In Revista de Direito Administrativo*. n.º 211. p. 133-134).

¹³⁴ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Ob. Cit., p. 57.

¹³⁵ Para Lúcio BITTENCOURT, a ‘doutrina da *ineficácia ab initio* da lei inconstitucional não pode ser entendida em termos absolutos, pois que os efeitos *de fato* que a norma produziu não podem ser suprimidos, sumariamente, por simples obra de um decreto judiciário’ (BITTENCOURT, Lucio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 28).

¹³⁶ “... os efeitos produzidos pela decisão no controle abstrato residem no plano normativo. Por isso, os atos singulares praticados com fundamento direto na lei reputada inconstitucional não são automaticamente desconstituídos pela decisão do STF. Os efeitos da decisão, reitera-se, repousam no plano da norma e não no plano normado (fato constituído pelo ato singular ou concreto praticado com fundamento na norma)” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ob. Cit., p. 253).

Por certo, a experiência haurida do Tribunal Constitucional Federal alemão, responsável por engendrar novas técnicas de controle¹³⁷, influenciou o legislador brasileiro na criação de mecanismos voltados à modulação *temporal* da declaração de inconstitucionalidade. Em igual medida, a Constituição portuguesa, em seu art. 282, apesar de cancelar a eficácia *retroativa* da declaração de inconstitucionalidade, também corroborou a necessidade de proteção de certas situações concretas, em atenção à “segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo” (art. 282, 4). A regra geral, no sistema constitucional português, é a eficácia *retroativa* da declaração de inconstitucionalidade, retroagindo ao advento da vigência da norma inconstitucional (art. 282, 1 e 2). Todavia, a Constituição portuguesa fez por preservar do alcance dessa eficácia retroativa as sentenças revestidas de coisa julgada (“casos julgados”), exceto no que tange à matéria penal com a prevalência da possível interpretação mais benéfica ao condenado.

Impõe-se observar, contudo, que antes mesmo do advento da regra do art. 27 da Lei n.º 9.868/1999, o STF manifestou algumas ressalvas à eficácia retroativa absoluta da declaração de inconstitucionalidade. Vale dizer: em diversas ocasiões anteriores, o Supremo Tribunal Federal, apesar de reconhecer a inconstitucionalidade e(ou) a ilegalidade do critério de investidura de certos agentes ocupantes de cargos ou funções públicas, “reconheceu a eficácia e validade dos atos por eles praticados. Para tanto, adotou a teoria do ‘funcionário de fato’, concebida no direito administrativo. Buscou assim resguardar a posição jurídica dos administrados que de boa-fé estavam envolvidos em relações jurídicas que pressupunham a legitimidade dos atos praticados por aqueles ‘funcionários’”¹³⁸. A regra em comento permite que o julgamento da questão constitucional possa estar

¹³⁷ “O sistema original alemão, por sua vez, operava unicamente com a eficácia *erga omnes* e *ex tunc*. No entanto, esse modelo foi sendo paulatinamente atenuado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, engendrando-se novas técnicas de controle que vieram a ser consolidadas na reforma da jurisdição constitucional, de 1970. Passou-se a conceber que a norma seja considerada ‘incompatível’ com a Constituição, sem a declaração de sua nulidade (31, n.º 2, e 79, n.º 1, da Lei do Tribunal Constitucional Federal)” (TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 428).

¹³⁸ TALAMINI, Eduardo. Ob. Cit., p. 435.

permeado pelos influxos da proporcionalidade¹³⁹, com a instituição de prognoses e técnicas de ponderação no tocante ao contencioso constitucional¹⁴⁰. Vale dizer: a técnica de modulação assumiu importância crucial para fins de resguardar os efeitos concretos da norma jurídica hostilizada.

1.3.3. A ADPF e a Lei n.º 9.882/1999.

A Lei n.º 9.882/1999 complementou o quadro delineado acima, disciplinando o cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, atribuindo-lhe o perfil de processo *objetivo* de controle de constitucionalidade¹⁴¹. Pode-se dizer que a restrição em matéria de legitimidade para sua propositura (Lei n.º 9.882/1999, art. 2º, inc. I), a eficácia *erga omnes* e a força vinculante advinda do pronunciamento do STF são as circunstâncias que lhe conferem os traços precípuos de processo *objetivo*.

Antes do advento desse diploma legal, o laconismo da regra do art. 102, § 1º, da Constituição da República conduziu a interpretações que pretendiam aproximar a arguição de descumprimento de preceito fundamental de figuras assemelhadas

¹³⁹ “Com base na regra da proporcionalidade em sentido estrito deve-se sopesar, no caso concreto, a desvantagem do meio – sacrifício do princípio da nulidade – em relação à vantagem do fim – proteção de outro princípio (segurança jurídica, moralidade, boa-fé do administrado, etc.). Em outros termos, o que importa, aqui, é verificar se as consequências gerais da decisão de inconstitucionalidade, no plano dos fatos, são excessivas ou não, tendo em vista outros princípios constitucionais. Nessa operação, deve-se sopesar os interesses afetados pela norma inconstitucional com os que seriam sacrificados com a eficácia retroativa. Logo, os efeitos no tempo da pronúncia de inconstitucionalidade devem ser fixados, tendo em vista o conjunto dos princípios constitucionais relacionados com a situação fática” (PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Ob. Cit., p. 58).

¹⁴⁰ “A regra da retroatividade absoluta e sem exceções acaba fazendo com que o tribunal constitucional, naquelas situações de conflito entre os valores acima mencionados, muitas vezes simplesmente deixe de declarar a inconstitucionalidade da norma, para assim evitar gravíssimas consequências que adviriam da eficácia *ex tunc* dessa declaração. O poder de modulação dos efeitos do juízo de inconstitucionalidade afasta as soluções à base do ‘ou tudo ou nada’ – permitindo o reconhecimento da inconstitucionalidade (...)” (TALAMINI, Eduardo. Ob. Cit., p. 439).

¹⁴¹ “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, portanto, é medida instauradora de um processo objetivo, como o da ação direta de inconstitucionalidade e o da ação declaratória de constitucionalidade – o que não significa que deva ter por objeto exclusivamente o controle de atos normativos gerais e abstratos, (...)” (TALAMINI, Eduardo. Ob. Cit., p. 490).

presentes no âmbito do direito comparado¹⁴², com notável esforço para conferir-lhe feições próximas ao recurso constitucional germânico (*Verfassungsbeschwerde*¹⁴³) e ao recurso de amparo espanhol¹⁴⁴.

Com efeito, embora já constasse na Constituição espanhola de 1931, foi na Constituição subsequente de 1978 que o *amparo* adquiriu a natureza plena de

¹⁴² “A Lei nº 9.882/99, regulamentando o § 1º do art. 102 da Constituição Federal, introduziu em nosso ordenamento jurídico a possibilidade de utilização, perante o Supremo Tribunal Federal, de importante instrumento de proteção de direitos e garantias fundamentais, em moldes assemelhados ao recurso constitucional germânico e ao recurso de amparo espanhol.” (MORAES, Alexandre de. Comentários à lei nº 9.882/99 – arguição de descumprimento de preceito fundamental, *In* TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.), **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9882/99**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 15). Em igual medida, Edilson Pereira NOBRE JUNIOR vislumbra algumas semelhanças entre a arguição de descumprimento de preceito fundamental, a figura do recurso de amparo do direito espanhol e o recurso constitucional alemão, “uma vez que se cuidam de instrumentos de defesa de direitos fundamentais a serem exercitados, exclusivamente, perante o órgão ao qual o Constituinte confiou o monopólio do controle abstrato da compatibilidade vertical das leis e atos normativos” (NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. **Direitos fundamentais e arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004. p. 94).

¹⁴³ “O acesso ao TCF mediante recurso constitucional é permitido a qualquer pessoa física ou jurídica, incluindo associações e demais formas de representação coletiva que tenham previsão legal no ordenamento alemão e estejam regularmente constituídas. O requerente poderá fazer uso desse recurso em todas as situações nas quais seu direito fundamental, aqui compreendido também os direitos políticos, tiver sido lesado ou gravemente posto em risco por autoridade pública. A interpretação do conceito de direito fundamental como sendo também o ‘direito ao livre desenvolvimento da própria personalidade’ colaborou para tornar o catálogo dos direitos fundamentais um rol de direitos aberto, inclusivo e garantido pela proibição de retrocesso, aumentando, assim, ainda mais, o substrato material sobre o qual a Corte deverá analisar os recursos. Ainda que o recurso constitucional seja considerado um remédio jurídico constitucional independente da jurisdição ordinária, o que, em tese, tornaria possível a sua interposição junto ao TCF imediatamente após a ocorrência do fato lesivo a direito fundamental do requerente, ocorre que, de fato, é necessário exaurir as vias legais (administrativas ou judiciais) ordinárias para que seja possível recorrer à Corte, a menos que a própria duração do processo pelas vias legais ordinárias venha a se constituir em um elemento agravante da situação ou em uma real ofensa a um direito fundamental” (TEIXEIRA, Anderson V. e CICONETTI, Stefano Maria. **Jurisdição constitucional comparada**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 253).

¹⁴⁴ “O recurso de amparo constitui um meio de impugnação extraordinário e subsidiário, cujo cabimento se dá em face de decisão judicial definitiva prolatada pelo Poder Judiciário, por ter vulnerado algum direito fundamental dentre aqueles contemplados na Seção I, do Capítulo II, do Título I, da Constituição, delineados nos arts. 15 a 29, bem como por ter ofendido o princípio da igualdade, insculpido no art. 14, ou o direito à objeção de consciência, previsto no art. 30.2. Há de se dirigir o amparo no intuito de se obter uma declaração de nulidade de tais decisões, o reconhecimento do direito fundamental infringido e a adoção, em sendo o caso, das medidas apropriadas para seu restabelecimento. Por meio do recurso de amparo o Tribunal Constitucional protege a defesa dos direitos fundamentais. Dessa maneira, diante de qualquer ofensa a uma norma constitucional que tutele algum desses direitos enunciados como fundamentais, o Tribunal Constitucional irá atuar no sentido de restaurar o ordenamento constitucional vulnerado e, por meio do emprego de métodos interpretativos, criará a sua doutrina que vinculará todos os poderes públicos” (RIBEIRO, Gustavo Henrique Zacharias. O tribunal constitucional espanhol e o recurso de amparo, *In* GARCIA Maria e AMORIM, José Roberto Neves (coord.) **Estudos de direito constitucional comparado**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 160).

garantia dos direitos fundamentais¹⁴⁵; e, na Espanha, está condicionado ao *prévio* emprego de todos os meios impugnativos, sendo que a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional (LOTC) permite o não conhecimento do recurso por *carência de conteúdo*¹⁴⁶. Por sua vez, a *Verfassungsbeschwerde* (ou *reclamação constitucional*) é dirigida ao Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) e pode ser formulada por qualquer pessoa que tenha “um direito fundamental ofendido por medidas adotadas pelas autoridades públicas ou por decisões judiciais, desde que, em regra, esgotadas as instâncias ordinárias. (...) Dessa particularidade da *Verfassungsbeschwerde*, nasce o princípio da subsidiariedade (*Subsidiarität*), ou seja, este instituto não substitui os remédios e medidas previstas na legislação processual ordinária”¹⁴⁷.

É de se frisar, contudo, que a ausência de simetria exata entre a arguição de descumprimento de preceito fundamental e as figuras similares do direito comparado deve-se ao fato de que, em alguns destes países que contemplam mecanismos semelhantes, não há o controle *difuso* de constitucionalidade nos moldes observados no cenário pátrio. Tal circunstância, por si só conduz a uma leitura reservada quanto à pretendida nivelação destes expedientes. O conhecido veto

¹⁴⁵ Os contornos do amparo espanhol são comentados por Maurício Manica GÖSSLING: “Nem todos os direitos públicos subjetivos podem fazer-se valer através do *juicio de amparo*. O objeto do amparo vem a ser tão-somente a ofensa aos direitos definidos no art. 53.2 da Constituição espanhola, que inclui: o princípio da igualdade (art. 14), o direito de objeção de consciência (art. 30, 2º) e os direitos previstos na seção 1ª do capítulo 2º do Título I, ficando de fora os direitos sociais. É possível invocar a violação de outros direitos; entretanto, dever-se-ão conectar, de alguma maneira, com os direitos previstos no art. 53.2 da Constituição espanhola. (...) Os atos de qualquer dos Poderes Públicos, lesivos aos direitos previstos no art. 53.2 da Constituição espanhola, podem ser apreciados via *juicio de amparo*. A expressão ‘Poder Público’ envolve todos os entes que exercem um poder de império, derivado da soberania do Estado, de modo a incluir os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário do Estado Central e das Comunidades Autônomas” (GÖSSLING, Maurício Manica. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental, In Processo e constituição*, Organizador Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 360).

¹⁴⁶ “Na Espanha o *recurso de amparo* demanda que o recorrente tenha buscado, primeiramente, a reparação do direito supostamente lesado perante os tribunais ordinários e tenha empregado todos os meios impugnativos, previstos na legislação processual. (...) Quanto a estes, o artigo 50 da LOTC estabelece o requisito da *carência de conteúdo* (*carencia de contenido*); por meio dele se verifica se se justifica ou não a apreciação da questão pelo Tribunal Constitucional. Sendo que a decisão de inadmissão não precisa ser motivada, caso seja proferida por unanimidade na Seção competente” (VIANA, Ulisses Schwarz. Ob. Cit., p. 46-47).

¹⁴⁷ VIANA, Ulisses Schwarz. Ob. Cit., p. 41.

presidencial lançado a dispositivo da Lei n.º 9.882/1999¹⁴⁸ sepultou a possibilidade de compreendê-la com a mesma extensão e amplitude de certos mecanismos processuais presentes em outros países. Tudo isso, diga-se de passagem, conduziu à necessidade de se veicular uma exegese genuinamente nacional para o cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, afastando-se, inclusive, a sobreposição de meios e técnicas para repelir a ocorrência de violações à Constituição.

Logo, diante da atual disciplina conferida à arguição de descumprimento de preceito fundamental, desde que observados os demais condicionantes legais e constitucionais, permite-se discutir, em tese, o conteúdo de qualquer ato normativo federal, estadual ou municipal¹⁴⁹ ofensivo a *preceito fundamental* da Constituição. Com efeito, o emprego da arguição está reservado para o resguardo dos postulados mais sensíveis e relevantes da Constituição da República¹⁵⁰. Diferentemente do conteúdo das “cláusulas pétreas” (CF/88, art. 60, § 4º), o constituinte de 1988 não fez por elencá-los expressamente (até porque não era o caso). A fluidez na indeterminação dos preceitos fundamentais recomenda que a densificação deles deve estar a cargo da apreciação de situações concretas por parte do Supremo Tribunal Federal.

¹⁴⁸ O veto presidencial obistou a vigência do inciso II do art. 2º da Lei n.º 9.882/1999, o qual pretendia assegurar legitimidade – no tocante ao emprego da arguição de descumprimento – a “qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público”.

¹⁴⁹ “A lei exige, também, a presença de outro pressuposto, relativo ao objeto do processo: lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição em vigor. Com isso, ampliou-se o cabimento da arguição, possibilitando o controle abstrato de constitucionalidade das leis municipais perante o STF, bem como a discussão sobre a inconstitucionalidade superveniente” (PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Ob. Cit., p. 115).

¹⁵⁰ “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece que é muito difícil indicar, *a priori*, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão anunciados, de forma explícita, no texto constitucional, mas a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio. Tendo em vista as interconexões e interdependências dos princípios e regras, talvez não seja recomendável proceder-se a uma distinção entre essas duas categorias, fixando-se um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional” (JANCZESKI, Célio Armando. Notas atuais sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). In **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 8, n.º 32, abril/junho 2006. p. 155).

De outro lado, ainda que observada a violação a preceito fundamental da Constituição, o emprego desta arguição foi contemplado em caráter *subsidiário* pela Lei n.º 9.882/1999 (art. 4º, § 1º¹⁵¹). Leia-se: o seu cabimento está condicionado a um pressuposto *negativo* de admissibilidade: inexistência de outro meio *idôneo* para fazer afastar a situação de *lesividade* a preceito fundamental da Constituição¹⁵². Há que se compreender, neste sítio, que *inexistência de meio eficaz não poderá significar inexistência de outro meio*. Deveras, poderá ocorrer que, efetivamente, venha a existir outro meio processual para impugnar-se a lesão a preceito fundamental. Todavia, referido meio impugnativo pode se mostrar *ineficaz* - em tese -, ou mesmo após a sua devida manipulação (hipótese em que o outro meio foi efetivamente utilizado, mas não se mostrou capaz de sanar a ofensa a preceito fundamental da Constituição)¹⁵³.

Portanto, a previsão quanto ao emprego de meios impugnativos *ordinários* não pode servir de óbice à formulação da arguição de descumprimento de preceito fundamental, muito menos quando a efetiva utilização dos mecanismos em questão não trouxe resultados concretos. Aliás, em interpretação que parece mais adequada à compreensão de *eficácia do meio*, Celso S. Ribeiro BASTOS explica que o que está em jogo, na *subsidiariedade*, mais que o *esgotamento* de outras vias, é a *celeridade* a ser aferida em cotejo com os demais expedientes jurídico-processuais. Assim, bastaria que existisse outro meio processual e este não fosse suficientemente célere para se facultar o manejo da arguição de descumprimento de preceito fundamental: "De fato, certamente não se encontrariam situações não

¹⁵¹ "Art. 4º. (...) § 1º. Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade".

¹⁵² Vide, nesse sentido, o julgamento proferido pelo STF: STF – ADPF 17 – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 14.02.2003.

¹⁵³ Essa é a linha de raciocínio seguida por Alexandre de MORAES: "Observe-se, porém, que o cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental não exige a inexistência de outro mecanismo jurídico, mas seu prévio esgotamento sem real efetividade, ou seja, sem que tenha havido cessação à lesividade a preceito fundamental, pois a lei não previu exclusividade de hipóteses para a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, mas sua subsidiariedade. (...) Portanto, o caráter subsidiário da arguição de descumprimento de preceito fundamental consiste na necessidade de prévio esgotamento de todos os instrumentos juridicamente possíveis e eficazes para cessar ameaça ou lesão a preceito fundamental. Se, porém, uma vez utilizados esses instrumentos, houver patente inefetividade na proteção dos preceitos fundamentais, sempre haverá possibilidade de acesso ao Supremo Tribunal Federal, por via da arguição. Em conclusão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental será cabível mesmo quando a utilização dos demais mecanismos jurisdicionais mostrou-se insuficiente para a eliminação da violação ou ameaça de violação a preceitos fundamentais" (MORAES, Alexandre de. Ob. Cit., 18-19).

impugnáveis judicialmente para que então se pudesse fazer uso da arguição (mesmo porque o recurso extraordinário açambarca todas as hipóteses de alegada violação da Carta Magna). O problema que se apresenta é quanto à celeridade dos meios existentes”¹⁵⁴.

Logo, em última análise, o cabimento da arguição está circunscrito à investigação da inexistência de outro meio processual *idôneo* e *eficaz* hábil a evitar a lesão a preceito fundamental, considerando, inclusive, a efetividade do provimento almejado. Isso porque, ao menos em tese, certas controvérsias concretas fundadas na eventual inconstitucionalidade de lei ou ato normativo podem dar ensejo a uma pletera de demandas, insolúveis no âmbito dos processos objetivos¹⁵⁵. Com efeito, a possibilidade de incongruências e confusões hermenêuticas decorrentes da exegese praticada por múltiplos órgãos jurisdicionais pode configurar uma ameaça a preceito fundamental (ao menos no que diz respeito à segurança jurídica), dando ensejo ao cabimento deste expediente. Por fim, além do caráter de *subsidiariedade*, a arguição de descumprimento de preceito fundamental está reservada para afastar a perpetuação de controvérsia *relevante*.

Com o advento desse diploma legal, também foi assentada a eficácia vinculante das decisões de procedência ou improcedência emanadas do julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (Lei n.º 9.882/1999, art. 10, § 3º). E, por sua vez, o art. 5º, § 3º, prevê que o Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria de seus membros, poderá deferir medida liminar no curso da arguição de descumprimento de preceito fundamental, com a determinação para que juízes e tribunais venham a *suspender* o andamento de processos ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a

¹⁵⁴ BASTOS, Celso S. Ribeiro. Arguição de descumprimento de preceito fundamental e legislação regulamentadora. *In Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9882/99*. André Ramos Tavares & Walter Claudius ROTHENBURG (orgs.), São Paulo: Atlas, 2001. p. 42-43).

¹⁵⁵ “A finalidade da utilização de tal modalidade de arguição é provocar uma decisão antecipada do Supremo Tribunal Federal sobre questão constitucional cujo deslinde interessa à coletividade, sob o ponto de vista econômico, político ou social. Assim, ao invés de se aguardar a repetição de uma infinidade de ações individuais no controle difuso sobre uma determinada matéria constitucional, possibilita-se uma decisão do Pretório Excelso sobre o tema, uniformizando-se, destarte, a jurisprudência sobre a matéria ao tempo em que se evita a incerteza que, porventura, poderia ser gerada por uma série de decisões judiciais, produzidas em controle difuso” (PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Ob. Cit., p. 114).

matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada¹⁵⁶. Sendo assim, cabe reforçar que, nestas situações peculiares, a atuação jurisdicional *difusa* poderá vir a sofrer os influxos do efeito vinculante advindo das decisões proferidas em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental (controle concentrado e objetivo)¹⁵⁷. Em outras palavras, nestas hipóteses de violação a preceito fundamental (sensível) da Constituição, juízes e tribunais estarão sujeitos à força vinculante das liminares proferidas com substrato no art. 5º, § 3º, da Lei n.º 9.882/1999, bem como ao conteúdo das decisões *finais* advindas do julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

É de se observar que, no julgamento desta, o STF poderá balizar as “condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental” (art 10, *caput*, da Lei n.º 9.882/1999). Nada obsta, portanto, que no julgamento das arguições de descumprimento de preceito fundamental venham a se adotar as técnicas de interpretação conforme a Constituição ou a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Cabe ressaltar, entretanto, que o art. 11 daquele diploma legal (Lei n.º 9.882/1999)¹⁵⁸ também fez por contemplar mecanismo voltado à modulação dos efeitos do pronunciamento de inconstitucionalidade, similar ao comando do art. 27 da Lei n.º 9.868/1999.

¹⁵⁶ É de se registrar que o referido dispositivo, além de outros constantes da Lei n.º 9.882/1999, foi impugnado por meio de ação direta de inconstitucionalidade (ADI 2.231-8), promovida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

¹⁵⁷ Com efeito, ao conceder medida cautelar em ADPF, o Min. Gilmar Ferreira MENDES chamou atenção para o fato de que o seu manejo pode servir para “uniformização da orientação jurisprudencial”: “... além da possibilidade de decretar a suspensão direta do ato impugnado, admite-se na cautelar prevista para a arguição de descumprimento a determinação de que os juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais ou de qualquer medida que guarde relação com a matéria discutida na ação (art. 5º, § 3º), tal como requerido. Confere-se, assim, ao Tribunal um poder cautelar expressivo, impeditivo da consolidação de situações contra a possível decisão definitiva que venha a tomar. Nesse aspecto, a cautelar da arguição de descumprimento de preceito fundamental assemelha-se à disciplina conferida pela Lei n.º 9.868, de 1999, à medida liminar na ação declaratória de constitucionalidade (art. 21). Dessa forma, a liminar passa a ser um instrumento de economia processual e de uniformização da orientação jurisprudencial” (STF – MC em ADPF n.º 33-5 – Pará – Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes – j. 20.03.2003).

Assim, no tópico subsequente far-se-á a análise das projeções da EC n.º 45/2004 relacionadas com as duas vertentes do controle de constitucionalidade presentes no direito brasileiro e, particularmente, naquilo que concerne às mutações constitucionais em curso envolvendo o efeito vinculante.

¹⁵⁸ "Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de 2/3 (dois terços) de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado".

1.4. A Emenda n.º 45/2004 e os seus reflexos na jurisdição constitucional brasileira.

1.4.1. A EC n.º 45/2004 e a padronização do efeito vinculante no controle concentrado.

Como é de se observar, o texto constitucional do art. 102, § 2º, foi novamente alterado com o advento da Emenda n.º 45, de 08 de dezembro 2004, precisando-se, nessa ocasião que as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade passariam a produzir eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e perante a Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Em última análise, pode-se dizer que a Lei n.º 9.868/1999 e a Emenda n.º 45/2004, corroborando os posicionamentos da jurisprudência nacional, estenderam o efeito vinculante também para as ações diretas de inconstitucionalidade, bem como ainda no tocante ao manejo das técnicas relacionadas com a interpretação conforme a Constituição¹⁵⁹ e a declaração parcial de inconstitucionalidade, sem redução de texto. Nesta última hipótese, o controle de constitucionalidade é exercido no tocante à “norma” e não em relação ao “texto” da lei constitucional¹⁶⁰.

¹⁵⁹ “De modo a preservar a obra do legislador, ficou clássica a regra de hermenêutica constitucional que recomenda ao intérprete, entre duas interpretações possíveis, adotar aquela que não infirma o ato da autoridade perante o texto constitucional. O emprego do cânone hermenêutico no exercício da jurisdição constitucional, sobretudo em sede de controle abstrato de normas, confere ao seu titular poderes que excedem às suas funções tradicionais. Segundo Hesse, trata-se de atividade mais contundente do que a própria declaração de inconstitucionalidade, pois, nesse aspecto, o órgão da jurisdição constitucional *conforma positivamente* a norma, enquanto no caso da declaração de inconstitucionalidade *a nova conformação segue sendo assunto do legislador*. Em muitos casos, é adotada com intuito neutralizador, de modo a abrandar o *efeito nocivo* de alguns dispositivos, atribuindo-lhes sentido diverso do que se extrai do enunciado normativo, ou mesmo considerando-os *desprovidos de eficácia jurídica*. O uso da interpretação conforme à Constituição encontra-se disseminado nas várias experiências de jurisdição constitucional, inclusive no Brasil. Curioso observar, porém, que a prática concebida para preservar a *primazia do legislador na concretização da Constituição* é, em boa parte dos casos, empregada para corromper o sentido de sua obra” (LEAL, Roger Stiefelmann. Ob. Cit., p. 97-99).

¹⁶⁰ “Na fiscalização de constitucionalidade o órgão jurisdicional poderá, ainda, adotar a técnica da *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*, hipótese em que será restringida a aplicação do texto da lei inconstitucional, ou seja, limitado um dos âmbitos de validade da norma jurídica, não permitindo que esta incida em algumas situações. Vale dizer, o órgão fiscalizador reconhece a invalidade (inconstitucionalidade) de um dos elementos da norma” (PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Ob. Cit., p. 52).

É possível concluir, então, que não contexto do controle concentrado, o efeito vinculante é uma realidade para as ações *típicas* de constitucionalidade mais empregadas, projetando-se ainda no tocante às súmulas vinculantes, implantadas com a inserção do artigo 103-A no texto constitucional.

1.4.2. As súmulas vinculantes.

O art. 103-A da Constituição da República foi regulamentado pela Lei n.º 11.417/2006. Assim, a edição das súmulas vinculantes dar-se-á após reiteradas decisões acerca do tema, as quais podem ser originárias do controle *difuso* de constitucionalidade, na apreciação de recursos extraordinários que venham a tratar de determinado tema constitucional¹⁶¹, ou ainda editadas por força das demais competências assinaladas ao Supremo Tribunal Federal.

Uma das premissas necessárias para a edição da súmula vinculante diz respeito à observância de “controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarreta grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica” (CF, art. 103-A, § 1º). A configuração de “controvérsia atual” assemelha-se ao pressuposto específico exigido para cabimento da ação declaratória de constitucionalidade e ainda para o emprego da arguição de descumprimento de preceito fundamental, vale dizer, a existência de “controvérsia jurídica relevante” (art. 14, III, da Lei n.º 9.868/1999 e art. 3º, V, da Lei n.º 9.882/1999).

O texto constitucional do art. 103-A da CF inova ao permitir a edição de súmulas vinculantes por força da “controvérsia” entre órgãos jurisdicionais e a Administração Pública. Neste caso, antes de se sustentar que a primazia da interpretação constitucional compete ao Supremo Tribunal Federal, não se pode

¹⁶¹ Interessante o registro feito por Saulo RAMOS: “Podem atirar pedras, mas a ideia da súmula vinculante foi minha, e limitada à questão constitucional, por um motivo muito simples. O Supremo Tribunal Federal declara inconstitucional uma determinada lei. O juiz de primeiro grau, ou um Tribunal qualquer, sob a presunçosa invocação do juiz natural, acha que o Supremo está errado e aplica a lei contra o direito do cidadão brasileiro. Se a vítima tem dinheiro para pagar advogado, pode recorrer e chegar até Brasília. A vitória está assegurada, porque o Supremo declarou inconstitucional a lei aplicada contra o recorrente. Aqui já se misturam dois tipos de recurso: o extraordinário e o mais extraordinário ainda, que é o recurso financeiro. Sem este, aquele não anda. Mas o pobre, que sofre lesão igual, não tem como se defender. Terá o seu direito negado por falta de recurso processual infraconstitucional. Nosso sistema permite, assim, que transite em julgado (proteção constitucional) a aplicação da lei declarada inconstitucional pela Suprema Corte” (RAMOS, Saulo. **Código da vida**. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007. p. 70-71).

esquecer que, por força das premissas anteriores, não está afastada a hipótese de o Poder Executivo “descumprir” ou “deixar de observar” a lei que lhe pareça inconstitucional. Entretanto, ao optar por descumprir a lei reputada inconstitucional omitindo-se em relação ao ajuizamento da correlata ação direta de inconstitucionalidade, o Chefe do Poder Executivo arca com as responsabilidades e os riscos daí decorrentes. Sendo assim, o cenário em questão coaduna-se com a possibilidade de configuração de “controvérsia” entre órgãos jurisdicionais e a Administração Pública.

Além disso, por força da regra do art. 103-A, § 1º, da CF/88, é preciso que a controvérsia “entre órgãos jurisdicionais ou entre esses e a administração pública” seja hábil a ensejar “grave insegurança jurídica” e “relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”. A presença concomitante desses requisitos funciona como fator de *qualificação* da controvérsia, erigindo-se como condição possível para legitimar a edição da súmula vinculante.

De mais a mais, a edição das súmulas vinculantes deve estar assentada em “reiteradas” decisões da Corte, sendo este um dos principais aspectos que as qualificam como mecanismo da jurisdição constitucional, distinguindo-as das meras súmulas de jurisprudência dominante, pois estas últimas se originam dos incidentes de uniformização de jurisprudência (CPC, art. 476 e seguintes) e, desse modo, podem estar embasadas num único julgamento, suficiente para sua edição¹⁶².

Cabe realçar que, com a regulamentação imposta pela Lei n.º 11.417/2006, o legislador ordinário tratou de regulamentar a eficácia temporal das súmulas vinculantes: “Art. 4º. A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional

¹⁶² Comentando os requisitos necessários para edição de súmula vinculante, André Ramos TAVARES observa que: “Pela exegese do *caput* deste art. 2º, conjugado com o seu § 1º, as súmulas só poderão emergir (i) após *reiteradas decisões* (idênticas); (ii) sobre normas acerca das quais haja *controvérsia atual* entre órgãos judiciários (não intra-STF, portanto) ou entre estes e a Administração; (iii) desde que essa situação acarrete grave *insegurança* jurídica e, concomitantemente; (iv) redunde em *multiplicação* de processos idênticos (quanto à matéria), causando um aumento desnecessário do volume de processos na Justiça. Há, ainda, um requisito adicional para os casos de processo de edição de súmula vinculante deflagrado por Município: (v) haver processo (judicial) em curso no qual o Município seja parte e discuta, incidentalmente, o tema que será objeto principal do processo de súmula vinculante” (TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à lei 11.417, de 19.12.2006**. São Paulo: Editora Método, 2007. p. 31).

interesse público". Como se vê, o dispositivo em questão permite que os efeitos da súmula sejam voltados para o futuro (eficácia *prospectiva*) ou ainda a partir de outro marco temporal¹⁶³.

1.4.3. O prestígio emprestado ao efeito vinculante: mutação constitucional em curso.

Ao se retomar algumas premissas apontadas, observa-se uma certa tendência paulatina e constante de prestígio ao "efeito vinculante" emanado das decisões do Supremo Tribunal Federal, com possibilidades de estendê-lo às decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Com efeito, é possível traçar um paralelo entre as tensões observadas no contexto do controle de constitucionalidade brasileiro e o fenômeno das *mutações constitucionais*¹⁶⁴ absorvido pelo constitucionalismo brasileiro¹⁶⁵. Aliás, a ideia de

¹⁶³ "A lei, no entanto, foi mais além ao regular tal restrição, estabelecendo que, em relação aos efeitos no tempo, estes poderão ser limitados no passado ou apresentar eficácia apenas para o futuro (eficácia prospectiva). Repetindo a norma veiculada pelo art. 27 da Lei 9.868/1999 e pelo art. 11 da Lei 9.882/1999, o art. 4º da Lei 11.417/2006 (...) Como se vê, a legislação permite que os efeitos no tempo da súmula com efeito vinculante sejam fixados em cada caso concreto, com base num processo de ponderação de bens e interesses envolvidos" (PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Ob. Cit., p. 167).

¹⁶⁴ "O termo foi utilizado pela primeira vez na literatura jurídica no livro *Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*, escrito por Paul Laband em 1895, no qual é introduzida a diferenciação entre a *Verfassungänderung* – reforma constitucional – e a chamada *Verfassungswandlung* – mutação constitucional. A partir de então, vários autores tentaram conceituar e identificar as principais características do fenômeno. George Jellinek, aprofundando a distinção cunhada por Laband, esclarece que por reforma constitucional entende a modificação dos textos constitucionais produzidos por ações voluntárias e intencionadas e por mutação constitucional a modificação que deixa indene seu texto, que se produz por fatos não acompanhados pela intenção ou consciência de tal mutação. Nesse sentido, além de ressaltar que por meio da *mutação* ocorre uma modificação da Constituição sem a introdução de uma alteração em seu texto, o autor sustenta que a mutação constitucional se caracteriza por ser um fenômeno *involuntário*" (KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e mutações constitucionais**: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da constituição federal de 1988, São Paulo: Atlas, 2009. p. 70-71).

¹⁶⁵ Conforme afirmado por Anna Cândida da Cunha FERRAZ, "a mutação constitucional altera o sentido, o significado e o alcance do texto constitucional sem violar-lhe a letra e o espírito. (...) Trata-se pois de uma mudança constitucional que não contraria a Constituição, ou seja, que indireta ou implicitamente, é acolhida pela Lei Maior. (...) Em resumo, a mutação constitucional, para que mereça o qualitativo, deve satisfazer, portanto, os requisitos apontados. Em primeiro lugar, importa sempre em alteração do sentido, do significado ou do alcance da norma constitucional. Em segundo lugar, essa mutação não ofende a letra nem o espírito da Constituição: é pois, constitucional. Finalmente, a alteração da Constituição se processa por modo ou meio diferentes das formas organizadas de Poder Constituinte instituído ou derivado" (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 10-11).

mutação constitucional¹⁶⁶, desenvolvida a partir da experiência do Tribunal Constitucional alemão¹⁶⁷, representa prática consentânea com o *programa normativo* traçado pela Constituição de 1988, plasmando o postulado da *supremacia constitucional*.

Não há que se olvidar que o fenômeno das mutações constitucionais está inserido no contexto de certas alterações ocorridas nos sistemas jurídicos, conformadas pelo *programa normativo* das Constituições contemporâneas¹⁶⁸ que, em regra, pelo caráter aberto destas e pela plasticidade de suas normas, permitem contemplar certas adequações interpretativas sem alteração do texto constitucional. Assim, para José Afonso da SILVA, a ocorrência das mutações constitucionais é revelada por meio das “mudanças não formais que se operam no correr da história de uma Constituição, sem alterar o enunciado formal, sem mudar a letra do texto”¹⁶⁹. Da mesma forma, ao comentar as características dos processos de mutação

¹⁶⁶ Em função do caráter didático, é possível citar a definição traçada por Wellington Marcio KUBLISCKAS, o qual reconhece a mutação constitucional como o “fenômeno por meio do qual, sem emendas ou revisões (processos formais de mudança da Constituição), são introduzidas, no processo de concretização/aplicação, por meio da interpretação constitucional e(ou) da integração pelos costumes, alterações no sentido, significado ou alcance de determinadas normas constitucionais (que tenham o conteúdo minimamente aberto/elástico), desde que estas alterações sejam comportadas pelo *programa normativo*, ou seja, promovam o desenvolvimento, complementação, esclarecimento, etc., das normas constitucionais escritas, mas não violem nem a sua letra e tampouco o seu espírito” (KUBLISCKAS, Wellington Márcio. Ob. Cit., p. 78).

¹⁶⁷ Conforme identificado por Luis Roberto BARROSO, a modificação da Constituição pode se dar por via formal e por via informal, sendo que esta última opera-se “pela denominada *mutação constitucional*, mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à plasticidade de que são dotadas inúmeras normas constitucionais. (...) Na Europa, a doutrina tradicional, originária da teoria constitucional francesa, só admitia modificações na Constituição por via do procedimento próprio de reforma do seu texto. Coube à teoria constitucional alemã, em elaborações sucessivas, e à própria jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, o desenvolvimento e comprovação da tese da ocorrência de alterações na Constituição material de um Estado, sem qualquer mudança no texto formal. Tal admissão, é bem de ver, precisou superar a separação metodológica rígida entre o mundo do direito (o *ser*) e a realidade fática (o *dever ser*), imposta pelo positivismo jurídico. O impacto da mensagem do tempo e das transformações históricas, políticas e sociais levou ao reconhecimento dessa específica categoria teórica que é a mutação constitucional” (BARROSO, Luis Roberto. *Mutação constitucional. In 20 anos da constituição brasileira*. Coord. MOREIRA, Eduardo Ribeiro e PUGLIESI, Marcio. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 210).

¹⁶⁸ O tema envolvendo a ideia de mutação constitucional é decorrência de estudos precursores observados no final do século XIX, e, “com o tempo, passou a ser estudado tanto nos demais países da Europa continental (em especial na Espanha, na Itália e em Portugal), como nos países da América Latina, como, por exemplo, no México, na Venezuela e no Brasil” (KUBLISCKAS, Wellington Márcio. Ob. Cit., p. 70).

constitucional, Wellington Márcio KUBLISCKAS afirma que, via de regra, tais mudanças ocorrem “sem produzir qualquer tipo de alteração em seu texto escrito. Muda, dessa forma, a *norma constitucional* sem mudar o *texto constitucional* que a representa. Nesse sentido, a aceitação da existência e validade das mutações constitucionais pressupõe necessariamente o reconhecimento de que a norma constitucional e o texto da norma constitucional são elementos diferentes, apesar de interligados”¹⁷⁰.

À luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pode-se identificar na situação do estrangeiro *não residente* no Brasil uma hipótese de *mutação* constitucional. Com efeito, no julgamento do HC n.º 74.051-3, o STF conferiu novo significado à norma dedutível do art. 5º, *caput*, da Constituição da República (“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros *residentes no país* a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”). Com efeito, o constituinte de 1988 elegeu os brasileiros e os estrangeiros residentes no país como *destinatários* da proteção outorgada pela referida garantia constitucional. Deste modo, ao menos em princípio, os estrangeiros não residentes no Brasil - mas que aqui se encontrem em trânsito -, estavam impedidos de reivindicar a proteção dos direitos e das garantias individuais expressos no art. 5º da CF/88. Entretanto, a compreensão dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, notadamente a proteção da dignidade da pessoa humana, conduziu à *mutação* na compreensão daquele dispositivo constitucional. Com efeito, o *habeas corpus* acima referido foi impetrado em favor de um estrangeiro que não possuía residência no País, sendo que o *writ* foi baseado na alegação de excesso de prazo no cumprimento de prisão preventiva. O entendimento esposado pelo voto prolatado pelo Ministro Marco Aurélio de Mello permite antever um processo de mudança informal na Constituição, por meio do fenômeno da *mutação* constitucional, cuja consequência resultou na modificação semântica do enunciado constitucional referente aos destinatários da proteção

¹⁶⁹ SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 283.

¹⁷⁰ KUBLISCKAS, Wellington Márcio. Ob. Cit., p. 81.

assegurada pelo art. 5º da Constituição vigente¹⁷¹. Diante da decisão do Supremo Tribunal Federal, as garantias veiculadas pelo referido dispositivo asseguram proteção aos brasileiros, aos estrangeiros *residentes ou não* no País. Interessante notar que neste caso houve uma mudança no sentido da garantia constitucional, sem que se mudasse uma só palavra de seu texto. Por isso se diz que as normas constitucionais *aprendem* e mudam com a realidade.

Diante disso, a mencionada *subjetivação* dos processos objetivos, a que se aludiu no início do presente capítulo, também pode ser identificada como uma ocorrência de *mudança constitucional*. Isto porque apesar de inexistir qualquer mudança *formal* no texto constitucional, a jurisprudência uníssona do STF divide o rol de legitimados colacionado no artigo 103 da Constituição em duas categorias diversas¹⁷². A primeira delas engloba os legitimados “universais”, detentores de amplo espectro de interesses, nos moldes subsumidos no dispositivo constitucional que lhes confere tal capacidade processual para agir. Em suma, nesta categoria inserem-se aqueles que estão habilitados a atuar em toda e qualquer questão constitucional, estando genericamente aptos a provocar o controle concentrado de constitucionalidade. É o caso do Presidente da República, do Procurador-Geral da República, das Mesas do Senado e da Câmara dos Deputados, dos Partidos Políticos e ainda do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. É *presumível* o interesse destes entes na preservação da supremacia constitucional, como decorrência de suas atribuições institucionais¹⁷³. No que concerne aos demais legitimados para o oferecimento das medidas concernentes ao controle concentrado,

¹⁷¹ “Fala-se, assim, em interpretação evolutiva ou adaptadora e adequadora quando se procura, por intermédio da interpretação judicial, adaptar ou adequar o conteúdo, alcance, ou significado da disposição constitucional (a) à mudança de sentido da linguagem nela inserida, (b) a novas situações, (c) à evolução dos valores positivados na Constituição, (d) à mudança da intenção dos intérpretes (válida porque dentro dos limites impostos pela Constituição aos poderes constituídos), (e) a resolver obscuridades do texto constitucional” (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Ob. Cit., p. 128-129).

¹⁷² “É verdade que o Supremo Tribunal Federal tratou desenvolver interpretação restritiva, entendendo que alguns autores deveriam comprovar interesse no ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade. Não haveria necessidade de tal comprovação, diante do caráter objetivo do processo concentrado de controle de constitucionalidade. As figuras escolhidas pelo constituinte, constante dos incisos do art. 103, teriam legitimidade por si, sem qualquer comprovação de interesse. Seria uma autorização, independentemente de qualquer comprovação, para o ajuizamento da medida judicial em benefício de todos, com efeito, portanto, *erga omnes*. Não foi assim, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal entendeu, criando a figura dos autores universais e autores legitimados, estes podendo atuar apenas com a comprovação de interesse” (ARAÚJO, Luiz Alberto David. Ob. Cit., p. 222).

tem-se observado verdadeiro condicionante construído jurisprudencialmente, pondo-se em evidência a demonstração da atuação daquele ente interessado e o envolvimento com o tema constitucional discutido. Trata-se, como dito, de fenômeno representativo da *mutação constitucional* contextualizada acima, visto que para esta outra categoria de legitimados, nota-se a exigência de demonstração da pertinência *subjetiva* em torno da questão constitucional que se pretende submeter à apreciação do Supremo Tribunal Federal, com as suas funções precípuas, competências e atuação institucional destes entes. Inclusos neste rol, encontram-se a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado ou do Distrito Federal, as Confederações Sindicais¹⁷⁴ e as demais entidades de âmbito nacional. Observa-se, neste particular, a exigência de demonstração de um *interesse de agir* qualificado¹⁷⁵, veiculado pela demonstração daquilo que se costumou tratar como “pertinência temática”. Logo, tem-se aí um dos reflexos marcantes da *subjetivação* dos processos objetivos.

É possível incluir neste quadrante, a hipótese da lei “ainda constitucional” ou fadada à “inconstitucionalidade”. Trata-se de técnica decisória empregada pelo Supremo para conservar a legitimidade constitucional do ato normativo impugnado, com o prognóstico de que, embora, momentaneamente, determinado ato normativo não padeça de qualquer inconstitucionalidade, “a ocorrência de eventos futuros

¹⁷³ CLÈVE, Clémerson Merlin. Ob. Cit., p. 162.

¹⁷⁴ No julgamento da ADI 3.153, o STF fixou o entendimento de que **"EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade: legitimação ativa: 'entidade de classe de âmbito nacional': compreensão da 'associação de associações' de classe: revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal.** 1. O conceito de **entidade de classe** é dado pelo objetivo institucional classista, pouco importando que a eles diretamente se filiem os membros da respectiva categoria social ou agremiações que os congreguem, com a mesma finalidade, em âmbito territorial mais restrito. 2. É **entidade de classe de âmbito nacional** – como tal legitimada a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103, IX) – aquela na qual se congregam associações regionais correspondentes a cada unidade da Federação, a fim de perseguirem, em todo o País, o mesmo objetivo institucional de defesa dos interesses de uma determinada classe. 3. Nesse sentido, altera o Supremo Tribunal sua jurisprudência, de modo a admitir a legitimação das 'associações de associações de classe', de âmbito nacional, para a ação direta de inconstitucionalidade" (STF - Agravo Regimental na ADI n.º 3.153-8 – Distrito Federal – Rel para o acórdão: Min. Sepúlveda Pertence – j. 12.08.2004 - DJ 09.09.2005 – Ementário n.º 2.201)

previstos pelo próprio programa da norma ou, sobretudo, a não ocorrência de situações reais ou normativas que forem estipuladas como forma de assegurar a sua legitimidade constitucional, pode dar azo a um processo progressivo de inconstitucionalização da norma em questão”¹⁷⁶. Exemplo do manejo desta técnica conservativa pode ser detectado na hipótese de reconhecimento da legitimidade conferida ao Ministério Público para o ajuizamento de ação ressarcitória em prol da vítima hipossuficiente, que busca a reparação do dano sofrido. Ora, à medida que as Defensorias Públicas não estão devidamente implementadas, subsiste íntegra a legitimação outorgada ao *parquet*; porém, uma vez instituída a entidade responsável pela defesa judicial dos interesses dos hipossuficientes, a norma discutida poderá caminhar para uma inconstitucionalidade *superveniente*.

É apropriado ressaltar, contudo, que as aludidas hipóteses de mutações constitucionais não podem gerar atavismos ou subversões traumatizantes na ordem constitucional¹⁷⁷. Aliás, não por outra razão, Carmen Lúcia Antunes ROCHA salienta que “as mutações constitucionais somente podem ser acolhidas quando adequadas ao espírito e à razão constitucionais, sendo produto da sociedade que os estende e adapta, a fim de que a Constituição permaneça viva. Não se tem, portanto, como válida qualquer inovação introduzida em detrimento ou agravo à Constituição, porque como qualquer agressão ao sistema fundamental será tido como inválido e, conseqüentemente, insubsistente”¹⁷⁸. No caso da exigência de demonstração de pertinência temática para o desencadeamento do controle concentrado de

¹⁷⁵ “A relação de pertinência cuida-se de inequívoca restrição ao direito de propositura, que, em se tratando de processo de natureza objetiva, dificilmente poderia ser formulada até mesmo pelo legislador ordinário. Assemelha-se muito ao estabelecimento de uma condição de ação - análoga, talvez, ao interesse de agir -, que não decorre dos expressos termos da Constituição e parece ser estranha à natureza do sistema de fiscalização abstrata de normas” (MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade – comentários à Lei n.º 9.868, de 10.11.1999**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 185).

¹⁷⁶ Jurisdição constitucional comparada/Ob. Cit., p. 108.

¹⁷⁷ Conforme ressalva Konrad HESSE, os processos de mudanças interpretativas estão limitados pela própria Constituição, pois “uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação constitucional” (HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p. 23).

¹⁷⁸ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Mudanças sociais e mudanças constitucionais, *In* **Constitucionalismo social: estudos em homenagem ao Ministro Marco Aurélio Mendes de Faria Mello**. Jane Granzotto Torres (Org.), São Paulo: LTr. p. 252.

constitucionalidade, a construção jurisprudencial feita pelo Supremo Tribunal Federal é consentânea com o programa normativo da Constituição e, como tal, não induz nenhuma subversão traumática da ordem constitucional.

Apesar da dificuldade intrínseca em estabelecer um critério classificatório razoável para os fenômenos compreendidos como hipóteses de mutação constitucional, pode-se dizer que a sua ocorrência (i) decorre de mecanismos próprios de *interpretação constitucional*¹⁷⁹, ou ainda (ii) pela via da *construção judicial, costumes*¹⁸⁰ e *práticas judiciais*¹⁸¹. De acordo com a primeira diretriz, a interpretação constitucional desenvolvida pelos tribunais dar-se-ia com os seguintes objetivos: (i) transformação do significado e do alcance da Constituição; (ii) evolução do sentido das normas e disposições constitucionais; (iii) a adaptação da Constituição ao momento presente, à realidade social existente.

Não se está a advogar com a idéia de uma *agenda constituinte permanente*. A advertência, nesse particular, pode ser buscada em Luiz Edson FACHIN, pois registram-se “no Brasil, não raro, campanhas desferindo constantes agressões diretas ou indiretas ao texto constitucional. Almeja-se eclipsar as garantias constitucionais sociais e, no viés de apresentar respostas prontas para problemas ainda não completamente dissecados, intenta-se encapsular recidivas do pretérito

¹⁷⁹ “A mutação constitucional por via interpretativa pode ocorrer, entre outras situações, quando: (a) há um alargamento do sentido do texto constitucional, aumentando-se lhe assim a abrangência, para que se passe a alcançar novas realidades; (b) se imprime sentido determinado e concreto ao texto constitucional; (c) se modifica interpretação anterior ou se lhe imprime novo sentido, atendendo à evolução da realidade constitucional (*overruling*); (d) há a adaptação do texto constitucional à nova realidade, não prevista no momento de elaboração da Constituição; (e) há a adaptação do texto constitucional para atender exigências do momento da aplicação constitucional; (f) se preenchem, por via interpretativa, lacunas do texto constitucional e etc.” (KUBLISCKAS, Wellington Márcio. Ob. Cit., p. 119-120).

¹⁸⁰ “Os costumes constitucionais apresentam-se como mecanismos eficientes de mutação constitucional na medida em que são instrumentos aptos a produzir, dentro de certos limites, mudanças no sentido, significado e alcance das disposições constitucionais” (KUBLISCKAS, Wellington Márcio. Ob. Cit., p. 145).

¹⁸¹ “A construção constitucional é uma técnica largamente usada tanto pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América quanto, mais recentemente, pelas Cortes e Tribunais Constitucionais europeus. No Brasil, do mesmo modo como ocorre com a *interpretação evolutiva*, a *construção constitucional* também não alcançou aceitação pacífica. Não obstante, há notáveis exemplos na história brasileira de construções constitucionais, tais como a *doutrina brasileira do habeas corpus* e o alargamento do conceito de autoridade pública para fins de mandado de segurança no período anterior à edição da Lei Federal n.º 1.533/51” (KUBLISCKAS, Wellington Márcio. Ob. Cit., p. 119-133).

não longínquo”¹⁸². No entanto, o reconhecimento das hipóteses de mutação constitucional não guarda nenhuma correspondência com os indisfarçáveis esforços em prol de um “emendismo”¹⁸³ da Constituição, pois as hipóteses circunscritas às mudanças interpretativas guardam uma sutileza intrínseca.

Portanto, se é verdadeira a assertiva que as práticas e funções observadas refogem aos padrões clássicos do controle de constitucionalidade, não pode causar estranheza a expansão do efeito vinculante, de acordo com a conformação apresentada na explicitação do problema-tese.

¹⁸² FACHIN, Luiz Edson. Povo e poder reformador: premissas de legitimidade, *In Estudos de direito constitucional em homenagem a Cesar Asfor Rocha (teoria da constituição, direitos fundamentais e jurisdição)*. Paulo Bonavides, Germana Moraes e Roberto Rosas (orgs.), Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 178.

¹⁸³ “Especificamente no caso do Brasil pós-88, o fenômeno do *emendismo constitucional* teve um outro efeito bastante claro: o aumento vertiginoso da incidência de casos de controle de constitucionalidade sobre as normas constitucionais e, por conseguinte, da declaração da inconstitucionalidade – formal e material – de normas constitucionais” (KUBLISCKAS, Wellington Márcio. Ob. Cit., p. 214).

1.5. O recurso extraordinário como principal ferramenta do controle difuso.

1.5.1. As características peculiares do recurso extraordinário.

A análise do recurso extraordinário pressupõe retomar algumas breves considerações acerca do papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, insta observar que o STF foi instituído no Brasil após o advento da República, por meio do Decreto n.º 510, de 22.06.1890. Dentre suas diversas competências inaugurais, cabia-lhe resolver os conflitos envolvendo os entes políticos da Federação, bem como julgar em grau de recurso as decisões que contestassem a validade de leis e atos governamentais em face da Constituição.

Foi concebido, historicamente, como órgão de cúpula do Judiciário nacional, sob a nítida inspiração do modelo desempenhado pela Suprema Corte Norte-Americana¹⁸⁴, com expressas atribuições jurídico-políticas, visto competir-lhe a limitação do Estado aos parâmetros estabelecidos pela Carta Republicana.

A seu turno, as atuais competências assinaladas ao STF encontram-se previstas no art. 102 da Constituição da República¹⁸⁵, as quais se dividem em *originárias* (inciso I) e *recursais* (incisos II e III). Por força do permissivo constitucional do inc. III do art. 102, da Constituição Federal¹⁸⁶, compete-lhe julgar “mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo

¹⁸⁴ “A ideia de se criar um órgão responsável para zelar pelo bom funcionamento do sistema constitucional antecede a própria República. D. Pedro II, ao se despedir de dois brasileiros, Salvador Mendonça e Lafayette Rodrigues Pereira, que partiam em missão oficial para os Estados Unidos, em meados de 1889, pediu-lhes que estudassem ‘com todo cuidado a organização do Supremo Tribunal de Justiça de Washington. Creio que nas funções da Corte Suprema está o segredo do bom funcionamento da Constituição norte-americana’”. (VIEIRA, Oscar Vilhena. Ob. cit., p. 117-118)

¹⁸⁵ Muito se tem criticado o extenso rol de atribuições assinaladas ao Supremo Tribunal Federal, o que acaba desvirtuando-lhe o papel precípua de proteção do sistema constitucional: “Inúmeras matérias que poderiam ter sido transferidas a outros tribunais superiores não o foram. Ficou desta forma o Supremo Tribunal Federal encarregado de diversas questões que se afastam de sua função precípua de ‘guarda da Constituição’ (art. 102, *caput*) e em certa medida prejudicando o bom desempenho desta atribuição”. (VIEIRA, Oscar Vilhena. Ob. cit., p. 129)

¹⁸⁶ “A história do recurso extraordinário divide-se em duas fases nitidamente distintas: a anterior e a posterior à Constituição de 1988. Na primeira, conforme se disse em expressiva síntese, a finalidade do remédio, na sistemática constitucional brasileira, era a de assegurar a *inteireza positiva*, a *validade*, a *autoridade* e a *uniformidade de interpretação* da Constituição e das leis federais”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 565)

local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal”.

Dessa forma, o recurso extraordinário deve ser compreendido como uma modalidade recursal de fundamentação vinculada. Ou seja, o seu espectro de cabimento fica jungido à discussão de matéria jurídica¹⁸⁷, prestando-se, assim, ao controle *difuso* de constitucionalidade. Não se presta tal expediente para propiciar nova convicção acerca da prova (enunciado 279 da Súmula do STF¹⁸⁸), cuja valoração e aquilatação devem estar adstritas à alçada das instâncias ordinárias¹⁸⁹. A missão do Supremo Tribunal Federal é, pois, proteger a Constituição Federal,

¹⁸⁷ “Bem se compreende a doutrina quando assinala ser a verdadeira preocupação desse recurso o Direito objetivamente considerado, e cuja eficácia é que se pretende garantir (com todas as consequências daí derivadas, inclusive a reforma de decisão anteriormente prolatada no caso concreto apresentado). As decisões proferidas pelos mais diversos tribunais e juízes, integrando o sistema jurídico, também devem amoldar-se ao parâmetro constitucional. O recurso extraordinário intercede justamente para procurar garantir essa necessária e desejável integração do Direito (objetivamente considerado, pois). Só nesse sentido é que se poderia compreender a realização de uma eventual justiça para o caso concreto, por via do recurso extraordinário. A situação individual apresentada no recurso é também resolvida, contudo, como decorrência lógica da manutenção da integridade da Constituição”. (TAVARES, André Ramos. Perfil constitucional do recurso extraordinário, *In Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil: recurso extraordinário e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg (Orgs.), Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 11).

¹⁸⁸ Enunciado 279 da Súmula do STF: “*Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário*”.

¹⁸⁹ “O conceito de reexame da prova deve ser atrelado ao de convicção, pois o que não se deseja permitir, quando se fala em impossibilidade de reexame de prova, é a *formação de nova convicção sobre os fatos*. Não se quer, em outras palavras, que os recursos extraordinários e especial viabilizem um juízo que resulte da análise dos fatos a partir das provas. Acontece que esse juízo não se confunde com aquele que diz respeito à valoração dos critérios jurídicos respeitantes à utilização da prova e à formação da convicção. É preciso distinguir reexame de prova de aferição: i) da licitude da prova; ii) da qualidade da prova necessária para a validade do ato jurídico; ou iii) para o uso de certo procedimento; iv) do objeto da convicção; v) da convicção suficiente diante da lei processual; e vi) do direito material; vii) do ônus da prova; viii) da idoneidade das regras de experiência e das presunções; ix) além de outras questões que antecedem a imediata relação entre o conjunto das provas e os fatos, por dizerem respeito ao valor abstrato de cada uma das provas e dos critérios que guiaram os raciocínios presuntivo, probatório e decisório. Note-se que o que se veda, mediante a proibição do reexame de provas, é a possibilidade de analisar se o tribunal recorrido apreciou adequadamente a prova para formar a sua convicção sobre os fatos. Assim, por exemplo, é proibido voltar a analisar as provas que convenceram o tribunal de origem sobre a presença de culpa” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 337).

desempenhando, neste aspecto, *função nomofilática*¹⁹⁰, estranha ao universo cognitivo da apreciação do conjunto probatório¹⁹¹.

Enquanto o *objeto* do controle concentrado diz respeito aos atos normativos abstratos confrontados com a Constituição, a fiscalização *difusa* se coaduna com a análise dos fatos jurígenos, à luz da legislação aplicável (a qual poderá revestir-se de caráter individual e concreto), comportando exame a partir do viés da Constituição da República. Por isso, torna-se oportuna a advertência feita por J.J. Gomes CANOTILHO, ao ressaltar que “fiscalizar a constitucionalidade de normas jurídicas aplicadas pelos tribunais não se confunde com a fiscalização da constitucionalidade das próprias decisões jurisdicionais”¹⁹².

Em outras palavras, o cabimento do recurso extraordinário está circunscrito à impugnação das decisões jurisdicionais¹⁹³ proferidas em única ou última instância, oriundas de qualquer tribunal do país (o que não é admitido quanto ao recurso especial). Consoante a regra estabelecida no inciso III do art. 102 da Constituição Federal, não deve causar estranheza o cabimento de recurso extraordinário em face de decisões *finais* proferidas pela primeira instância. É de se observar, nesse particular, a inteligência do enunciado 640 da Súmula do STF: “É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal”. Com efeito, o

¹⁹⁰ AZEM, Guilherme Beux Nassif. **Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 24.

¹⁹¹ “A interpretação boa ou má, o julgamento, certo ou errado, da espécie, não interessa à Nação, não compromete a preeminência e a autoridade das leis federais, não põe em xeque a supremacia da União na ordem judiciária” (NUNES, Castro. A tarefa do supremo tribunal. *In Revista Forense*. n.º 99. Editora Forense: Rio de Janeiro, p. 608).

¹⁹² CANOTILHO, J.J. Gomes. Ob. cit., p. 943.

¹⁹³ As decisões *formalmente* jurisdicionais, mas *materialmente administrativas*, não comportam impugnação por meio de recurso extraordinário, tal como decorre do enunciado 733 da Súmula do STF: “Não cabe recurso extraordinário contra decisão proferida no processamento de precatórios”.

Supremo Tribunal Federal alterou dispositivos de seu Regimento Interno (RISTF)¹⁹⁴ relativos ao processamento do recurso extraordinário, para fins de regulamentar a possibilidade de interposição desse recurso das decisões proferidas pelos Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais (JEF), por decorrência do art. 15 da Lei n.º 10.259/2001. Em conformidade com a norma regimental do STF (art. 321, § 5º, I), tem-se a possibilidade de concessão de tutela cautelar visando sobrestar o andamento de outros processos (recursos extraordinários) que versem sobre idêntica matéria constitucional¹⁹⁵, matéria esta que será retomada em tópicos subsequentes do trabalho.

Em qualquer hipótese, não se pode dispensar o esgotamento das instâncias ordinárias. Em outras palavras, o recurso extraordinário só deverá ser manejado quando esgotados outros meios impugnativos eventualmente disponibilizados em proveito do interessado. Há que se destacar, nesse sentido, o enunciado 281 da Súmula do Supremo Tribunal Federal: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”.

¹⁹⁴ Após a aprovação, o art. 321 do RISTF passou a ter a seguinte redação: “**Art. 321. (...) § 5º** Ao recurso extraordinário interposto no âmbito dos Juizados Especiais Federais, instituídos pela Lei 10.259, de 12.07.2001, aplicam-se as seguintes regras: I – verificada a plausibilidade do direito invocado e havendo fundado receio de dano de difícil reparação, em especial quando a decisão recorrida contrariar súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, poderá o relator conceder, de ofício ou a requerimento do interessado, *ad referendum* do Plenário, medida liminar para determinar o sobrestamento, na origem, dos processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida, até o pronunciamento desta Corte sobre a matéria; II – o relator, se entender necessário, solicitará informações ao Presidente da Turma Recursal ou ao Coordenador da Turma de Uniformização, que serão prestadas no prazo de 05 (cinco) dias; III – eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da publicação da decisão concessiva da medida cautelar prevista no inc. I deste § 5º; IV – o relator abrirá vista dos autos ao Ministério Público Federal, que deverá pronunciar-se no prazo de 05 (cinco) dias; V – recebido o parecer do Ministério Público Federal, o relator lançará relatório, colocando-o à disposição dos demais Ministros, e incluirá o processo em pauta julgamento, com preferência sobre todos os demais feitos, à exceção dos processos com réus presos, *habeas corpus* e mandado de segurança; VI – eventuais recursos extraordinários que versem idêntica controvérsia constitucional, recebidos subsequente em quaisquer Turmas Recursais ou de Uniformização, ficarão sobrestados, aguardando-se o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal; VII – publicado o acórdão respectivo, em lugar especificamente destacado no Diário da Justiça da União, os recursos referidos no inciso anterior serão apreciados pelas Turmas Recursais ou de Uniformização, que poderão exercer juízo de retratação ou declará-los prejudicados, se cuidarem de tese não acolhida pelo Supremo Tribunal Federal; VIII – o acórdão que julgar o recurso extraordinário conterà, se for o caso, súmula sobre a questão constitucional controvertida, e ele será enviada cópia ao Superior Tribunal de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais, para comunicação a todos os Juizados Especiais Federais e às Turmas Recursais e de Uniformização”.

¹⁹⁵ “Neste contexto, tenho que a possibilidade de suspensão cautelar das ações em trâmite refere-se tanto às decisões das Turmas Recursais que sejam contrárias à Constituição quanto eventualmente às Turmas de Uniformização, desde que a matéria versada possua índole constitucional. (...) Esse modelo deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional” (MADOZ, Wagner Amorim. O recurso extraordinário interposto de decisão de juizados especiais federais. *In Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 119, a. 30, jan. 2005, p. 74-75).

Pelas mesmas razões, é compreensível ainda o teor do enunciado 735 da Súmula do STF: “Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar”. Por outro lado, ao se cogitar de decisão de única ou última instância, José Miguel Garcia MEDINA defende a possibilidade de interposição de recurso extraordinário quando eventual contrariedade à Constituição venha a surgir no julgamento do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁹⁶. No entanto, para que se configure tal hipótese, a contrariedade à norma constitucional deve surgir originariamente no julgamento proferido em sede de recurso especial, ou quando do exame de admissibilidade deste recurso; visto que, se tal contrariedade já existia, a parte deveria ter feito uso do extraordinário em momento pretérito¹⁹⁷. Contudo, Leonardo Castanho MENDES ressalva opinião contrária¹⁹⁸, mencionando interpretação restritiva da parte do próprio Supremo Tribunal Federal.

Caso a decisão impugnada esteja assentada em fundamento constitucional e fundamento infraconstitucional, compete ao recorrente impugná-la por meio do recurso extraordinário e recurso especial, concomitantemente. Tal entendimento, aliás, é revelado pela interpretação do enunciado 283 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Cabe destacar, por derradeiro, que o recurso extraordinário é interposto perante o juízo *a quo*, competindo-lhe o exame preliminar de admissibilidade. Na hipótese de decisão presidencial denegatória, o art. 544 do CPC prevê o manejo de agravo de instrumento para a sua impugnação.

¹⁹⁶ “É em tese possível a interposição de recurso extraordinário de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, relativamente ao recurso especial. Com efeito, o art. 268, inc. II, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça prevê essa possibilidade expressamente”. (MEDINA, José Miguel Garcia. **O questionamento nos recursos extraordinário e especial**, p. 229)

¹⁹⁷ “Frise-se, contudo, que a questão constitucional, neste caso, deverá ter sido analisada *originariamente* no julgamento da admissibilidade ou do mérito do recurso especial, consoante já se afirmou. Se a questão constitucional já existia, deveria ter sido interposto o recurso extraordinário antes, simultaneamente ao recurso especial, a teor do disposto no art. 498 do CPC”. (MEDINA, José Miguel Garcia. **O questionamento nos recursos extraordinário e especial**, p. 230)

1.5.2. Hipóteses de cabimento: breves considerações acerca dos permissivos constitucionais.

A Constituição de 1969 estabeleceu, em seu art. 119, III, letra “a”, o cabimento do recurso extraordinário quando a decisão recorrida implicasse contrariedade a “dispositivos desta Constituição” ou houvesse negado vigência a “tratado ou lei federal”. Portanto, no regime constitucional anterior, o cabimento do recurso extraordinário, em matéria infraconstitucional, resumiu-se à hipótese de *negativa de vigência*, valendo o termo *contrariar* somente para as matérias de índole constitucional. Como já foi dito, sempre se entendeu que o verbo *contrariar* é de maior abrangência que a expressão *negar vigência*¹⁹⁹. A distinção inspirou o Supremo Tribunal Federal, inclusive, a editar a Súmula 400, cujo enunciado dispunha que: “Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra ‘a’ do art. 101, III, da Constituição Federal”. Por sorte, o ideário traçado pela Constituição de 1988, quanto aos recursos extraordinários, afastou a incidência do enunciado da Súmula em questão.

Atualmente, as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário estão listadas na dicção do art. 102, III, da Constituição da República, desde que

¹⁹⁸ “Fique claro, nesse ponto, como já se afirmou, que, de acordo com o quadro institucional estabelecido pelo constituinte de 1988, no que respeita aos dois tribunais de cúpula (STF e STJ), seria em princípio inviável a interposição de recurso extraordinário em que se impugnasse acórdão do Superior Tribunal de Justiça, proferido este no julgamento de recurso especial, isso à consideração da ausência, em princípio, de espaços de intersecção entre os temas possíveis de invocação em cada uma dessas formas de impugnação. A primeira exceção a esse princípio da irrecorribilidade das decisões do STJ tomadas no julgamento do recurso especial é a alegação, no extraordinário, de ofensa ao disposto no art. 105, III, da Constituição Federal. Viu-se, porém, que essa exceção vem sendo tratada com severas reservas pelo próprio Supremo Tribunal Federal”. (MENDES, Leonardo Castanho. Ob. cit., p. 212-213)

¹⁹⁹ Conforme esclarece Nelson Luiz Pinto, “*contrariar* supõe toda e qualquer forma de ofensa ao texto legal, quer deixando de aplicá-lo às hipóteses que a ele se devem subsumir, quer aplicando-o de forma errônea ou, ainda, *interpretando-o de modo não adequado e diferente da interpretação correta*, no sentir do órgão responsável pelo controle ao respeito e pela uniformização do direito federal, que é o Superior Tribunal de Justiça”. (PINTO, Nelson Luiz. **Recurso especial para o STJ**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000. p. 117).

configurada a hipótese de *transcendência* da questão constitucional apontada²⁰⁰. Em outras palavras, “a exigência da demonstração da repercussão geral abrange os recursos fundados em quaisquer dos permissivos constitucionais”²⁰¹.

a) Alínea “a” do art. 102, III, da Constituição Federal.

O permissivo constitucional do art. 102, III, letra “a”, da Constituição de 1988, prevê o cabimento do recurso extraordinário quando a decisão “contrariar dispositivo desta Constituição”. A violação da norma constitucional deve ser apontada *frontalmente*, sob pena de inadmissibilidade do recurso extraordinário. Não se admite a alegada ofensa reflexa²⁰². A eventual insubsistência na demonstração da afronta torna incabível o recurso, consoante interpretação do enunciado 284 da Súmula do STF²⁰³.

Ao contrário do posicionamento externado em matéria de controle abstrato de constitucionalidade – em que o STF excluiu, por construção hermenêutica, o exame das normas infraconstitucionais editadas antes do advento da Constituição Federal

²⁰⁰ “Assim, atualmente, pode-se dizer que é cabível o recurso extraordinário quando a decisão recorrida: I) contrarie dispositivo da Constituição; II) declare a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; III) julgue válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição; ou ainda, IV) julgue válida lei local contestada em face de lei federal; *desde que, em qualquer uma dessas situações, se possa demonstrar a relevância da questão suscitada*, transcendendo-se o enfoque individual do litígio para a relevância coletiva, a merecer o exame pelo STF” (CAVALCANTE, Mantovanni Colares. A lei 11.672/2008 e o novo processamento de recursos especiais com identidade de matérias, em confronto com a feição transindividual do recurso extraordinário, *In Revista de processo*. n.º 163, Ano 33. Revista dos Tribunais: setembro 2008. p. 186).

²⁰¹ AZEM, Guilherme Beux Nassif. Ob. Cit., p. 83.

²⁰² Observe-se, nesse sentido, o enunciado 636 da Súmula do STF: “Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida”.

²⁰³ Enunciado 284 da Súmula do STF: “É inadmissível o recurso quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

de 1988²⁰⁴ (aplicando-se em relação a elas o critério *temporal* para superação da *antinomia*) – tem-se que “para os fins de controle de constitucionalidade *incidenter tantum* no âmbito do recurso extraordinário, não assume qualquer relevância o momento da edição da lei, configurando eventual contrariedade à Constituição atual questão de constitucionalidade e não de mero conflito de normas a se resolver com a aplicação do princípio da *lex posterior*”²⁰⁵.

b) Alínea “b” do art. 102, III, da Constituição Federal.

A letra “b”, do inc. III, do art. 102 da Constituição Federal autoriza a interposição do recurso extraordinário quando a decisão recorrida “declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”. Assim, não se admite a interposição do recurso extraordinário na hipótese de decisão que julgar pela constitucionalidade do tratado ou da lei federal (espera-se, aliás, que os tratados firmados pela República Federativa do Brasil e o direito infraconstitucional sejam conformes à Constituição Federal). Na hipótese da alínea “b”, basta a declaração de *inconstitucionalidade* para fins de tornar admissível o recurso extraordinário.

Em última análise, o dispositivo em tela preocupa-se com a declaração incidental (controle difuso) acerca da inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal. Segundo informa Rodolfo de Camargo MANCUSO, o permissivo do art. 102, III, alínea “b”, da Constituição Federal, estabeleceu uma hipótese de cabimento axiologicamente *neutra*: “a realização do ‘tipo’ constitucional não implica de modo necessário que o recorrente tenha razão. Um acórdão pode perfeitamente ser correto e merecer ‘confirmação’ apesar de haver declarado a inconstitucionalidade

²⁰⁴ Aliás, o entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal em relação ao direito preexistente é objeto da crítica de Renato Gugliano HERANI: “O atual modelo de aferição da legitimidade constitucional das leis anteriores à Constituição de 1988, há muito praticado no Brasil, é marcado por exagerado absentismo da jurisdição constitucional na verificação e solução das incompatibilidades das normas precedentes com a ordem constitucional vigente, e por isso não ajustado à tendência contemporânea de dar à fiscalização abstrata extensão e eficácia suficiente para abarcar o direito preexistente, como há muito ocorre em países da Europa, como Itália (GUASTINI, 2005, p. 60), Portugal (art. 282 da Constituição de 1976), Espanha (ENTERRÍA, 1985, p. 87), entre outros, Alemanha (MARTINS, 2005, p. 45)” (HERANI, Renato Gugliano. Direito pré-constitucional e a “crise do supremo”. In **Hermenêutica constitucional: homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia**. Eduardo Ribeiro Moreira, Jerson Carneiro Gonçalves Junior e Lucia Helena Polleti Bettini (Organizadores), Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 765).

de tratado ou lei federal”²⁰⁶. Tem-se aí, portanto, verdadeiro contencioso constitucional²⁰⁷. Vale dizer: ainda que se tenha um juízo de admissibilidade favorável ao processamento do recurso extraordinário fundado na alínea “b”, do inc. III, do art. 102, da Constituição Federal, tal hipótese não redundará necessariamente no provimento do recurso interposto.

c) Alínea “c” do art. 102, III, da Constituição Federal

O permissivo constitucional contido no art. 102, III, letra “c”, prevê o cabimento do recurso extraordinário sempre que a decisão recorrida “julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição”. Ao afirmar a validade de lei ou ato de governo local, cujo teor seja confrontado em face da Constituição Federal, a decisão impugnada estará afastando a norma constitucional, ensejando, assim, o cabimento do recurso extraordinário. Ou seja, se o contraste entre o ato ou lei de governo local e a Constituição Federal resultou em desfavor desta última, o julgado ensejará impugnação por meio do recurso extraordinário²⁰⁸.

Oportuno ressaltar que “ato de governo local é aquele praticado por qualquer agente público que represente ou aja na qualidade de representante de Estados ou Municípios, no exercício de qualquer de suas funções: executiva, legislativa e judiciária, sendo certo que, nas duas últimas funções, mediante atividades que não propriamente legislante ou judicante”²⁰⁹. Para André Ramos TAVARES, é o caso de

²⁰⁵ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade – comentários à Lei n.º 9.868, de 10.11.1999**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 131.

²⁰⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. p. 140.

²⁰⁷ “Não diverge de tal posicionamento o Min. Athos Gusmão Carneiro, ao indicar que a hipótese retratada na alínea ‘b’ do permissivo constitucional ‘configura um contencioso constitucional, pois a contradição entre lei federal e lei local somente poderá ser dirimida à luz da partilha constitucional de competências legislativas entre a União e os Estados’”. (GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Ob. cit., p. 54).

²⁰⁸ Segundo Rodolfo de Camargo MANCUSO, o *interesse* e a *legitimação* do recorrente, nessa hipótese, “resultam do *prejuízo* que o recorrente experimenta pelo fato de uma lei ou ato local ter sido considerado válido pela decisão que desconsiderou o aviso da desconformidade daqueles textos com o direito federal ou a CF, ou seja, a *situação legitimante* está *fora do processo*, naquela lei ou naquele ato. Até que se esgotem as instâncias ordinárias, o recorrente se insurgirá contra o aspecto da *injustiça* da decisão (como em todos os recursos ordinários); depois, a nível dos recursos excepcionais, haverá um *plus*: a aferição da questão constitucional ou federal, conforme o caso, num contencioso de legalidade” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ob. Cit., p. 145).

²⁰⁹ RODRIGUES NETO, Nelson. As alterações das hipóteses de cabimento dos recursos extraordinário e especial promovidas pela EC 45, de 08.12.2004. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Série: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos, v. 10. p. 336.

se incluir na alçada da impugnação do recurso extraordinário, inclusive os atos emanados das agências reguladoras contrastados com a Constituição Federal²¹⁰.

d) Alínea “d” do art. 102, III, da Constituição Federal.

A Emenda Constitucional n.º 45/04 ajustou as hipóteses de cabimento do recurso excepcional, permitindo o emprego do extraordinário quando a decisão final “julgar válida lei local contestada em face da lei federal”. Numa análise perfunctória, até poderia causar espanto a discussão quanto à validade da lei local confrontada com a legislação federal. Porém, é preciso observar que tal discussão encerra conflito de competência legislativa²¹¹, de sorte a justificar o pronunciamento do STF²¹² em relação à constitucionalidade formal das leis confrontadas. Sendo assim, conforme anotado por Luiz Manoel GOMES JUNIOR, “trata-se de uma correta opção por parte do legislador, visto que anteriormente a matéria deveria ser objeto de invocação no Recurso Especial. Verificar se a lei ou ato de governo local são válidos quando contestados frente à lei federal é, em última análise, uma questão de competência e, portanto, de índole constitucional”²¹³.

Em última análise, quando a decisão judicial delibera sobre a prevalência de lei local, confrontada com a lei federal, implicitamente está deliberando acerca da competência legislativa e das atribuições de determinada entidade federativa para dispor sobre a matéria²¹⁴.

²¹⁰ “Os atos das agências reguladoras, contudo, devem ser considerados como lei federal para fins de cabimento do recurso, tendo em vista as particularidades de que se revestem tais atos”. (TAVARES, André Ramos. Perfil constitucional do recurso extraordinário, p. 21).

²¹¹ “De fato, não há hierarquia entre lei local e lei estadual. O conflito que porventura houver entre elas dirá respeito tão-somente à competência legislativa, que é determinada por normas constitucionais (arts. 22 e 24). No bojo da discussão sobre a aplicação de lei local em detrimento de lei federal, há, sempre, a questão constitucional da competência legislativa”. (DIDIER JR., Fredie. Transformações no recurso extraordinário, *In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Junior (coords.), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, Vol. 10. p. 118).

²¹² “Resolveu-se a controvérsia, outrora existente, sobre ser, ou não, matéria constitucional, o conflito de lei entre a União e as outras entidades da Federação. Pela opção tomada, ficou claro que dito conflito ganha foros de tema constitucional, razão por que compete ao STF a sua apreciação por meio do recurso extraordinário. Afasta-se, portanto, a possibilidade de o tema ser cogitado como simples ofensa a lei federal no campo do recurso especial atribuído ao STJ. Por isso mesmo, o texto do art. 105, III, b, da Constituição, também foi objeto de modificação”. (THEODORO JUNIOR, Humberto. Alguns reflexos da emenda constitucional 45, de 08.12.2004, sobre o processo civil, *In Revista de Processo*. n.º 124, ano 30, junho de 2005.p. 30)

²¹³ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **A arguição de relevância – a repercussão geral das questões constitucional e federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.p. 66.

²¹⁴ “Ocorre, contudo, que a Reforma, neste ponto, andou bem, pois a hipótese que doravante fica expressamente contemplada como ensejadora do recurso extraordinário envolverá problema de

Por sua vez, há que se perceber que o legislador constituinte reformador, na hipótese da alínea “d”, restringiu o uso do recurso extraordinário à decisão final que julgar “válida” lei local confrontada em face da lei federal. Ora, se não há hierarquia entre as leis locais e federais, não há razão plausível para tal restrição, já que a possibilidade de invalidade da lei local confrontada em face da lei federal também encerra contencioso constitucional a justificar o pronunciamento do STF.

Ademais, importa observar que, pelo texto da alínea “d”, do art. 102, III, da Constituição Federal, o julgamento pela validade da lei local confrontada em face da lei federal autoriza o emprego do extraordinário, sendo que, se a preterição da lei federal estiver lastreada em ato de governo local, a situação foge da alçada do extraordinário e deverá ser impugnada pela via do recurso especial (Constituição Federal, art. 105, III, “b”).

e) A demonstração da repercussão geral da questão constitucional (art. 102, § 3º, da Constituição Federal).

Consoante já foi adiantado, a Emenda Constitucional n.º 45, promulgada em 08.12.2004, englobou uma série de medidas voltadas pretensamente ao aperfeiçoamento da tutela jurisdicional. Relativamente à competência do Supremo Tribunal Federal, a EC/45 fez por (i) revogar a letra “h”, do inc. I, do art. 102, da CF/88, atinente à competência originária do STF relativa à “homologação das sentenças estrangeiras e a concessão do exequatur às cartas rogatórias”²¹⁵; (ii) acrescentou a letra “r” no rol do inc. I (competências originárias), outorgando ao STF o papel de processar e julgar “as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público”; (iii) criou mais uma hipótese de cabimento do recurso extraordinário (com a inclusão da letra “d” no inc. III do art. 102 da CF/88, já destacada acima); (iv) alterou a redação do § 2º do art. 102 da

divisão de competências, logo, questão constitucional. Explica-se: quando a decisão judicial delibera sobre a prevalência de lei local, quando divergente de lei federal, implicitamente está deliberando sobre de qual entidade federativa é a competência legislativa sobre a referida matéria objeto de disciplina diversa entre as leis”. (TAVARES, André Ramos. A repercussão geral no recurso extraordinário. In **Reforma do judiciário: analisada e comentada**. Coord. TAVARES, André Ramos [et. al.], São Paulo : Editora Método, 2005. p. 210)

²¹⁵ O dispositivo constitucional revogado (art. 102, inc. I, letra “h”, da Constituição Federal) apresentava a seguinte redação: “h) a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias, que podem ser conferidas pelo regimento interno a seu Presidente”.

Constituição Federal; e, por último, (v) introduziu o § 3º ao artigo em questão²¹⁶, com a exigência de demonstração da repercussão geral da questão constitucional.

Sendo assim, o art. 102, § 3º, da Constituição Federal, dispõe que “no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-la pela manifestação de dois terços de seus membros”. O dispositivo constitucional veio a ser regulamentado com o advento da Lei n.º 11.418, de 19.12.2006, que introduziu os arts. 543-A e 543-B ao texto do Código de Processo Civil.

Trata-se de providência compassada com a pretensão de fortalecimento da excelência das funções jurídicas e políticas do órgão de cúpula do Judiciário nacional²¹⁷. Com efeito, o organograma traçado pelo legislador constituinte de 1988, redundando na criação do STJ²¹⁸, não foi suficiente para diminuir o enorme volume de trabalho do STF que, nos últimos anos, vivenciou um progressivo aumento no número de processos destinados à Corte Suprema²¹⁹.

1.5.3. A primazia conferida ao controle concentrado de constitucionalidade e a anunciada “crise” do modelo difuso.

²¹⁶ Vide, nesse sentido: KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. A repercussão geral das questões constitucionais e o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* **Reforma do Judiciário**: primeiros ensaios críticos sobre a EC n.º 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

²¹⁷ “Conecta-se ao interesse geral, nessa linha, a relevante função política cometida aos tribunais superiores. Essa atividade vincula-se à intervenção em questões fundamentais de Estado. Pode ter por fim determinar espaços de poder; proteger o sistema institucional; fixar rumos orientadores no campo social; manter uma adequada divisão de poderes, inclusive mediante auto-restrição; proteger o cidadão frente aos outros poderes, mesmo na ausência de norma legal; e também acompanhar a política superior do Estado, assegurando que ela vise ao bem-estar geral” (AZEM, Guilherme Beux Nassif. Ob. Cit., p. 25).

²¹⁸ “Algumas das competências do Supremo estabelecidas pela ordem constitucional anterior foram transferidas para o Superior Tribunal de Justiça, também criado pela nova Constituição, com o objetivo de reduzir a carga de trabalho no Supremo Tribunal Federal”. (VIEIRA, Oscar Vilhena. Ob. cit., p. 129)

²¹⁹ “A Emenda Constitucional 45 também se ocupou do excessivo emprego do recurso extraordinário no Supremo Tribunal Federal, para elucidar questões que, muitas vezes, não têm importância ou relevância suficiente para ocupar a pauta de um órgão superior de guarda da Constituição. Este tribunal, que deveria cingir suas atividades ao controle de constitucionalidade, concentrado ou difuso, de normas e atos normativos, diante de situações sérias, que afetem a estabilidade das instituições jurídicas ou das relações interpessoais, acaba por discutir e decidir sobre matérias sem nenhum impacto para a sociedade brasileira. Evidentemente, este volume de demandas reflete-se em inúmeros processos, a ponto de o tribunal receber, por ano, cerca de 100.000 ações, assoberbando seus integrantes e maculando qualquer possibilidade de discussões mais profundas e reflexivas sobre os grandes temas”. (RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; e, BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O contexto

Como é de se notar, a doutrina nacional faz coro a ideia de que a Constituição de 1988 conferiu ênfase ao controle *concentrado*, com a pretensão de “reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de *correção* do sistema geral incidente”²²⁰.

Todavia, apesar das dificuldades teóricas embrionárias do controle *difuso*, não se pode negar que a utilização deste método está enraizada fortemente na cultura jurídica nacional, uma vez que, em razão de sua matriz democrática, garante-se a qualquer interessado²²¹ suscitar a inconstitucionalidade que lhe prejudica no caso concreto²²². Vale dizer: ainda que o constituinte de 1988 tenha advogado em prol da restrição do controle *difuso*, a prática forense cotidiana demonstra que este modelo está arraigado na tradição jurídica nacional, sendo temerária a tentativa de sua supressão em prol do prestígio reservado ao controle abstrato²²³.

É preciso registrar, assim, que o crescimento populacional, o aumento em profusão dos litígios intersubjetivos, a superação de algumas barreiras para o acesso à tutela jurisdicional e, principalmente, o caráter analítico da Constituição de

da reforma processual civil, *In A nova execução de títulos judiciais: comentários à lei 11.232/05*. Coordenação RENAULT, Sérgio, e BOTTINI, Pierpaolo. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 05-06)

²²⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n.º 9.868, de 10-11-1999**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 86.

²²¹ “O hibridismo de nossa jurisdição constitucional lhe dá um alto grau de complexidade, sofisticação e originalidade, na medida em que autoriza a todo e qualquer magistrado exercer, num caso concreto, o juízo de censura àqueles que violarem a Constituição, ao mesmo tempo em que permite a um largo leque de autoridades, partidos políticos e entidades da sociedade civil buscar, junto a um órgão especial, o controle abstrato da constitucionalidade das leis” (VIEIRA, Oscar Vilhena. Ob. Cit., p. 218).

²²² “Observadas as normas de distribuição das competências, todos os juízes estão habilitados a apreciar alegações dessa natureza, conferindo a necessária tutela jurisdicional nas hipóteses em que, concretamente, estejam ameaçados ou violados os direitos individuais ou coletivos constitucionalmente assegurados. O poder-dever de controle de constitucionalidade assim conferido aos órgãos jurisdicionais envolve a possibilidade de apreciação de qualquer ato ou omissão inconstitucional, qualquer que seja o agente infrator” (ZAVASCKI, Teori Albino. Ob. Cit., p. 15).

²²³ “Realmente, embora seja claro que o Brasil tenha caminhado para a ampliação de um modelo abstrato-concentrado de controle da constitucionalidade, não se pode pretender eliminar o denominado controle difuso-concreto. No caso específico do recurso extraordinário, sua eliminação, para preservar-se o Tribunal Constitucional apenas como controlador abstrato da constitucionalidade, representaria, de certo, como se depreende da lição de VANOSSY, a eliminação de um modelo de participação dos particulares perante o Tribunal Constitucional (em sua provocação)” (TAVARES, André Ramos. Recurso extraordinário: modificações, perspectivas e proposta. *In* COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro, RIBEIRO José Horácio Halfed Rezende e DINAMARCO, Pedro da Silva (orgs.) **Linhas mestras do processo civil**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 57).

1998²²⁴ e, por via de consequência, as causas imbuídas de questões constitucionais, fizeram por alargar os horizontes do controle difuso, cujo principal instrumento é o recurso extraordinário²²⁵. Afinal, "todas as partes, de um jeito ou de outro, vencidas na segunda instância, pretendem ir ao STF: ou porque não se conformam em perder, e querem, simplesmente, mais um juízo; ou porque consideram que só o julgamento do Supremo Tribunal Federal lhes apazigua a consciência"²²⁶.

Apesar de se erigir o recurso extraordinário como a principal ferramenta do controle difuso, não se pode ignorar, na esteira das competências *originárias* do STF, o manejo do mandado de segurança, o emprego do mandado de injunção, o cabimento da ação civil pública e da reclamação constitucional. Tais demandas, como é cediço, também comportam o exame incidental da constitucionalidade.

Destarte, o recurso extraordinário é erigido como o mecanismo hábil à fiscalização das decisões judiciais, com o objetivo de resguardar o primado da Constituição. Cabe reforçar que o objeto precípua do controle difuso não é a fiscalização da constitucionalidade, mas sim a prestação da tutela jurisdicional

²²⁴ "Por outro lado, assistiu-se no Brasil, após a Constituição de 1988, ao enorme crescimento da demanda social pelo amplo acesso à jurisdição ao ter erigido o Poder Judiciário à posição de verdadeira 'câmara de descompressão' dos conflitos sociais e guardião último da legalidade e das liberdades e garantias democráticas" (VIANA, Ulisses Schwarz. Ob. Cit., p. 52-53).

²²⁵ "Até 1988, a conjugação no STF do duplice papel de tribunal constitucional e de órgão uniformizador da aplicação do direito federal implicava encargos heterogêneos, meândricos e desproporcionais à pequena quantidade de integrantes. A grandiosa dimensão territorial do País, dividido em regiões muito diferentes e desiguais entre si, somada ao vertiginoso crescimento da população, gerou litígios em profusão. Embora isentos de questões constitucionais relevantes, incumbia ao STF velar pela unidade da interpretação e da aplicação do direito federal, e, como visto, a Federação brasileira caracterizou-se, desde o início, por sua índole centrípeta, em decorrência da competência legislativa da União. (...) O quadro posterior à CF/1988 agravou-se, apesar da criação do STJ, tribunal de superposição para julgar as questões federais, e da atribuição ao STF da predominante função de controlar a constitucionalidade. Forçoso reconhecer que, sem embargo do progressivo aumento da população, mas à evolução do ambiente social e econômico - , a forma analítica da CF/1988 tornou tais causas potencialmente dotadas de questões constitucionais, cabendo ao STF dirimi-las na órbita do controle difuso, (...). Tais fatores comprometeram o funcionamento do STF e o desempenho da sua elevada missão constitucional" (ASSIS, Araken de. Ob. Cit., p. 707).

²²⁶ CÔRREA, Oscar Dias. Ob. Cit., p. 51.

envolvendo a aplicação da norma jurídica confrontada com a Constituição²²⁷. Trata-se de reconhecer, então, que subsiste íntegro um extenso espaço *residual* reservado ao emprego do recurso extraordinário no âmbito do controle de constitucionalidade, no qual se revela frequente a repetição de processos envolvendo a mesma matéria²²⁸.

Dessa forma, as estatísticas recentes demonstram que a “crise” do sistema híbrido de constitucionalidade é, na realidade, a crise do modelo difuso/concreto²²⁹, visto que é esse sistema que suscita a problemática da uniformidade da jurisprudência, além de ser o método mais demandado em termos de quantidades absolutas de processos, resultando, por conseguinte, na sobrecarga de trabalho no âmbito do Supremo Tribunal Federal²³⁰.

Dentro dessa perspectiva, Ovídio A. Baptista da SILVA já denunciava alguns anos atrás que os Tribunais Superiores brasileiros foram concebidos com a mesclagem de atributos próximos das Cortes de Cassação europeias, com a

²²⁷ A questão constitucional é “representada pela ausência de consenso acerca da validade de norma jurídica perante a Constituição. Como no controle difuso a questão principal do feito versa sobre uma situação subjetiva – não se tratando de fiscalização em tese da validade da norma – a questão constitucional é um antecedente lógico, cuja resolução influencia o teor da decisão final acerca da questão principal. Em outros termos, a questão constitucional é uma questão prejudicial do processo” (PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais**, São Paulo: Malheiros, 2010. p. 72-73).

²²⁸ “Por outro lado, a impossibilidade, via ação direta de inconstitucionalidade ou ação direta de constitucionalidade, de proceder à análise de determinadas matérias (interpretação direta de cláusulas constitucionais pelos juízes e tribunais, direito pré-constitucional, controvérsia constitucional sobre normas revogadas e controle de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição Federal), aliada à restrita legitimidade para o ajuizamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, demonstra a existência de um extenso espaço residual ao recurso extraordinário no controle de constitucionalidade, no qual se revela frequente a repetição de processos” (AZEM, Guilherme Beux Nassif. Ob. Cit., p. 22).

²²⁹ “Na verdade, conforme escreveu o Min. José Carlos Moreira Alves, a ‘crise do Supremo’ é a ‘crise do recurso extraordinário’ e essa situação angustiante para a Corte é que ‘deu margem a uma série de providências legais e regimentais para que a Corte não soçobrasse em face do volume de recursos que a ela subiam’ (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ob. Cit., p. 43).

²³⁰ “A ‘crise’ do STF traduziu-se, ao fim e ao cabo, no excessivo número de processos sujeitos a julgamento naquele tribunal. Esse problema obscureceu a avaliação objetiva do STF no seu aspecto decisivo – na institucionalização e preservação do Estado democrático de direito. No entanto, aqui interessa a veia jurídica, não a política; e, neste particular, os termos delineados à competência recursal, na CF/1891, e na qual o STF funcionava como tribunal de segundo grau para a Justiça Federal, já vaticinavam quantidade avassaladora de recursos – fato que os eventos posteriores confirmaram de modo dramático. A amplíssima competência originária e recursal do STF desencadeou crise de natureza funcional. E as mudanças posteriores jamais lograram erradicar ou amenizar o fenômeno pertinaz e nocivo” (ASSIS, Araken de. Ob. Cit., p. 706-707).

responsabilidade de garantirem a unidade na interpretação das normas jurídicas²³¹. Concordando com tal assertiva, Renato Stanzola VIEIRA observa que, especificamente no que diz respeito com o Supremo Tribunal Federal, ali estão mescladas as funções de Tribunal Constitucional e de Corte de Cassação²³².

Aliás, conforme dados e informações disponibilizados pelo próprio Supremo Tribunal Federal, nota-se que no ano de 2006 foram distribuídos 116.216 (cento e dezesseis mil, duzentos e dezesseis) processos naquela Corte, sendo que, daquele total, 48,3% (quarenta e oito inteiros e três décimos percentuais) destes correspondiam a agravos de instrumento interpostos em face de decisões denegatórias; enquanto 47% (quarenta e sete por cento) eram recursos extraordinários; e, apenas 11% (onze por cento) do total de feitos estavam relacionados com as demais competências originárias da Corte Suprema. No último relatório divulgado (publicado no início de 2010), sob os influxos da exigência de demonstração da repercussão geral das questões constitucionais em sede de recurso extraordinário (EC 45/2004), dos 42.729 (quarenta e dois mil, setecentos e vinte e nove) processos distribuídos, observa-se que 24.301 (vinte e quatro mil, trezentos e um) deles, ou 56,9% (cinquenta e seis inteiros e nove décimos percentuais) do total da demanda, corresponderam a agravos de instrumento interpostos com substrato no art. 544 do CPC, sendo que o número de recursos extraordinários diminuiu para 8.348 (oito mil, trezentos e quarenta e oito) ou, dito de

²³¹ "Em virtude de circunstâncias históricas conhecidas, esses tribunais, no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, ficam a meio caminho, muitas vezes oscilando entre um verdadeiro juízo de cassação, originariamente não jurisdicional, e uma terceira instância ordinária, alternativa esta última que se harmoniza com a submissão do Direito brasileiro à burocratização da função judicial, a que serve um sistema de recursos, cuja vastidão não tem paralelo no mundo, além de ser altamente tolerante e permissivo. (...) Esse dado torna-se ainda mais alarmante, quando se sabe que o número de recursos que sobem à Corte 'continua crescendo' e, segundo sua estimativa, nesse ano de 1998, o crescimento deveria atingir a inacreditável marca de 52% sobre o ano anterior! (...) Esses números causam espanto, mas o que os torna inquietantes é o fato de ser o Supremo Tribunal Federal passado a ser predominantemente uma corte constitucional, dividindo com o Superior Tribunal de Justiça suas antigas funções de corte extraordinária, fato que, seria lícito supor, reduziria seu encargo jurisdicional" (SILVA, Ovídio A. Baptista. *A função dos tribunais superiores, In Sentença e coisa julgada [ensaaios e pareceres]*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. p. 285-286).

²³² "Na atual configuração, o Supremo Tribunal Federal, por vezes, exerce as funções de Corte Constitucional (exemplos das Leis n.º 9.868 e 9.882), e outras, de Corte Cassatória suprema (Recurso Extraordinário, mandado de segurança, habeas corpus, representação federal, ação civil pública, ação popular, reclamações), e outras, inclusive, de tribunal inicial de instrução (pense-se no caso de processo de crime de responsabilidade do Presidente da República, ou processo-crime contra Ministros de Estado e Parlamentares Federais)" (VIEIRA, Renato Stanzola. *Ob. Cit.*, p. 322).

outro modo, 19,5% (dezenove inteiros e cinco décimos percentuais) do montante geral de processos. Logo, conclui-se que, do montante geral de feitos distribuídos em 2009, 76,4% (setenta e seis inteiros e quatro décimos) da movimentação processual corresponde ao somatório de recursos extraordinários e agravos de instrumento interpostos em face de decisões denegatórias²³³.

Assim, de acordo com R. Ives BRAGHITTONI, nos últimos anos, a média de processos e julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal ficou na expressiva (para não dizer assustadora) cifra de 100.000 julgamentos por ano, o que “significa mais de 9.000 por ministro. Se não houver um único dia de descanso, e os ministros trabalharem em todos os 365 dias do ano, terão uma média de quase 25 por dia!... Os números são bastante esclarecedores. **Diante deles, qualquer que seja a solução pretendida, uma conclusão parece mesmo inegável: algo aí está errado**”²³⁴. Entretanto, retomando-se a advertência formalizada por Ovídio A. Baptista da SILVA, tem-se que os juristas tornaram-se insensíveis às grandezas numéricas divulgadas, cujos reflexos são marcantes no tocante à administração da justiça. Isto porque, conforme anuncia Ovídio A. Baptista da SILVA, “considerados os dois tribunais [STF e STJ], o número global de feitos a eles atribuídos mantém-se igualmente alarmante. Ao Superior Tribunal de Justiça, chegaram em 1997, mais de 100.000 processos, o que mantém uma média semelhante de recursos para cada magistrado, tendo em vista o número deles em ambas as cortes”²³⁵. Vale dizer, no paralelo traçado com os Tribunais de Cassação europeus e, particularmente, com o comparativo firmado com as Cortes francesa e italiana, pode-se concluir que o número de julgamentos realizados pelos órgãos de cúpula do Judiciário brasileiro

²³³ Relatório de distribuição, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido#>. Acessado em: 04.Janeiro.2010. E, corroborando tais informações, Damares MEDINA destaca que: “Conforme informações disponíveis no sítio do STF, os RE e AI correspondem a 95% de todos os processos distribuídos entre 1990 e setembro de 2008” (MEDINA, Damares. **Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?** São Paulo: Saraiva, 2010. p. 25).

²³⁴ BRAGHITTONI, R. Ives. **Recurso extraordinário: uma análise do acesso do supremo tribunal federal**. In CARMONA, Carlos Alberto. (Coord.) Coleção Atlas de Processo Civil. São Paulo: Atlas, 2007. p. 41.

²³⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista. Ob. Cit., p. 286.

cresceu vertiginosamente, equiparando-se a quantidade de feitos julgados por aqueles Tribunais europeus imbuídos de competências jurisdicionais mais amplas²³⁶.

Por certo não se pode imaginar que a quantidade de processos materializados em recursos de estrito direito possa ser atribuída a uma surda rebelião orquestrada pelos tribunais ordinários e juízes de escalões inferiores²³⁷. Mas, de outro lado, também não se pode descartar, numa análise perfunctória do tema, que o descompasso entre as técnicas de controle de constitucionalidade presentes no cenário nacional responde, em certa medida, pelo agravamento dos dados estatísticos divulgados²³⁸.

Logo, a despeito do arrefecimento dos números observados após a vigência da EC n.º 45/2004 e ainda do advento das demais leis infraconstitucionais que se seguiram, pode-se dizer que a contextualização dos problemas inerentes ao método *difuso*, principalmente no tocante à quantidade de processos envolvendo o mesmo substrato fático e o eventual desrespeito das instâncias inferiores em relação a certos posicionamentos firmados pelo STF, estão a despertar contínua reflexão para que se internalize a aproximação dos métodos de controle de constitucionalidade

²³⁶ “Para se ter uma ideia do que representam esses números, é bom compará-los com o que acontece com as cortes de cassação européias e com a Câmara dos Lordes inglesa. (...) Observe-se, no entanto, que as cortes européias, no particular, a francesa e a italiana, são tribunais de cassação, com tarefas menores do que os nossos supremos tribunais, aos quais, uma vez admitido o recurso, cabe prover sobre o mérito da causa, tendo-se igualmente presente que a Cour de Cassation francesa contava, então, com 100 magistrados, enquanto a italiana, apreciando anualmente cerca de 35.000 recursos, possuía aproximadamente 300 juízes, de modo que cada magistrado, teria proferido, no período de um ano, menos de 150 recursos motivados. É significativo, por outro lado, observar que nosso Supremo Tribunal apreciou um número de recursos praticamente idêntico ao julgado pela Cassação francesa, naquele ano de 1976 – 2.328 recursos – embora contasse com uma dezena de magistrados, contra os 100 que compunham o tribunal francês. Este dado mostra como nossa situação subsequente agravou-se, em virtude de circunstâncias sociais, políticas e, basicamente, culturais, incomparáveis com as condições européias. Tendo presente que o número de recursos apreciados pela Corte francesa e o vertiginoso crescimento do número de recursos atribuídos às nossas cortes – hoje cerca de quinze vezes maior do que os apreciados naquele período – , para usar a expressão de Tunc, diríamos que nossa situação atual introduz-nos realmente ‘num terceiro mundo’, absolutamente diferente do mundo em que vivem os países europeus e distinto mesmo dos casos especiais da França e da Itália” (SILVA, Ovídio A. Baptista. Ob. Cit., p. 286-287).

²³⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista. Ob. Cit., p. 289.

²³⁸ “Mostra-se óbvio que tão elevado número de decisões compromete inevitavelmente a qualidade, esmero e coerência dos pronunciamentos e, em última análise, a própria autoridade da jurisprudência daqueles tribunais” (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993 [reimpressão 1999]. p. 119).

com a recomendação de *objetivação* do controle difuso e atribuição de efeitos mais abrangentes²³⁹ às decisões exaradas neste quadrante²⁴⁰.

Por tais razões, a exigência de demonstração da repercussão geral da questão constitucional em sede de recurso extraordinário sinaliza com a recomendação de observância dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, privilegiando a *compatibilização vertical*²⁴¹ destes julgados com as decisões das demais instâncias do Poder Judiciário nacional.

A tensão ora descortinada está assentada, notadamente, na identificação de uma certa incoerência do sistema, em que o órgão de cúpula do Judiciário nacional é competente para declarar inconstitucionalidade de leis pela via abstrata, com efeitos gerais e, por outro lado, não dispõe da prerrogativa de atribuir esses mesmos efeitos no tocante às declarações de inconstitucionalidade proferidas pela via indireta, no julgamento e apreciação de recursos extraordinários isolados, *presumivelmente* imbuídas de menor alcance. É o que foi constatado por Gilmar Ferreira MENDES, Inocêncio Martires COELHO e Paulo Gustavo GONET: “Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de emenda constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer

²³⁹ “A melhor estratégia seria, aqui, a combinação sadia das duas vertentes, para o que há de se admitir a imprescindibilidade de alguns reparos no atual e vigente sistema brasileiro. Nesse sentido, basta atentar para a dificuldade atual quanto aos efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Não há motivos para que estas, em sede de recurso extraordinário, continuem a ter validade restrita às partes do processo do qual tenha emergido. Isto só se explica, no sistema brasileiro atual, em virtude de uma indevida recomendação e reverência históricas. Há uma repetição imotivada de um regime próprio de um sistema constitucional que só trabalhava com o modelo concreto-difuso de controle, como ocorrera na Constituição de 1934, momento em que surgiu, no Direito pátrio, aquela regra limitativa dos efeitos” (TAVARES, André Ramos. Recurso extraordinário: modificações, perspectivas e proposta, p. 58).

²⁴⁰ “Não só a notória superação do instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado Federal, mas também a complexidade e a demora na obtenção de um julgamento definitivo da questão constitucional pelo Supremo Tribunal, na via incidental, estão a clamar por uma reforma mais radical do sistema difuso de controle de constitucionalidade entre nós” (MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999. p. 378).

²⁴¹ “Nossa legislação refere que, independentemente da demonstração da relevância econômica, social, política ou jurídica para além das partes da questão debatida, haverá repercussão geral sempre que o recurso atacar decisão contrária à súmula ou à jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal (art. 543-A, § 3º, do CPC). O desiderato evidente aí está em prestigiar-se a força normativa da Constituição, encarnada que está, nessa senda, na observância das decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito da mais adequada interpretação constitucional. O fito de perseguir a unidade do Direito via compatibilização vertical das decisões faz-se aqui evidente” (MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 38-39).

tão somente para as partes?”²⁴².

Em suma: o interesse em evidenciar estas teceduras do sistema é norteado pelo propósito de assentar a possibilidade de extensão do efeito vinculante das decisões difusas oriundas do Supremo Tribunal Federal, matéria esta a ser melhor detalhada nas etapas subsequentes deste trabalho. Não se quer com isso defender que a lei possa ter uma univocidade de sentido, atemporal e universalmente válida, a ser desvelada pelo julgador constitucional. Ao contrário disso, quer-se propugnar apenas que o pronunciamento decisório advindo do debate qualificado, com a participação dos segmentos alcançados pela decisão constitucional, plasmada pelo reconhecimento da repercussão geral, pode contribuir para o desenvolvimento de uma cultura de respeito aos precedentes.

²⁴² MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. Série IDP, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1131.

1.6. Os reflexos da transposição do sistema difuso na tradição da *civil law*.

1.6.1. A implantação do controle difuso no Brasil: a tentativa de transposição da experiência traçada para a *commow law*.

É de se aceitar que, no Brasil - tal como em outros países localizados na América Latina²⁴³ -, determinados condicionantes históricos implicaram a idealização deste modelo *híbrido* de controle de constitucionalidade, exigindo dos operadores jurídicos notável esforço na compreensão de sua organicidade, conduzindo-os, entretanto, ao desenvolvimento de exegese "separacionista" no tocante às características precípua de cada modelo.

Conforme ressaltado, as raízes dessas tensões e teceduras que afastaram o efeito vinculante emanado do controle difuso dos demais processos subjetivos estão relacionadas com a implantação deste modelo num sistema tributário da tradição da *civil law*²⁴⁴ pouco familiarizado com as ferramentas do direito anglo-saxônico²⁴⁵. Isto porque o *stare decisis* compreende "a força vinculante que nos países de *commow law* corresponde a um precedente cuja *ratio decidendi* se ajusta exatamente ao caso a resolver"²⁴⁶.

Não é preciso muito esforço para concluir que os reflexos dessa alocação forçada esbarram na ausência atual de mecanismos processuais que venham

²⁴³ "Além disso, os sistemas difusos da América Latina passaram a conviver com formas de controle de constitucionalidade das leis, convertendo-se em sistemas mistos de justiça constitucional. Essa mudança foi propiciada tanto pela criação de um Tribunal Constitucional (Peru, Colômbia e Equador) quanto pela atribuição à Corte Suprema (México, Brasil) ou a uma de suas Salas (Venezuela) da competência para julgar a constitucionalidade das leis pela via direta" (SCAFF, Fernando Facury e MAUÉS, Antonio G. Moreira. Ob. Cit., p. 225).

²⁴⁴ "Esse ramo penetra a América Latina, as zonas de África que não pertencem ao sistema muçulmano ou ao subsistema anglo-americano e várias zonas da Ásia. (...) A lei ocupa indiscutivelmente o lugar cimeiro: ao ponto de em todos os países ter surgido a tendência de confundir direito e lei" (ASCENÇÃO, José Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. 7ª ed., Coimbra : Almedina, 1993. p. 141-142).

²⁴⁵ "A outorga ou não de eficácia *erga omnes* às decisões sobre a legitimidade de normas tomadas no julgamento de casos concretos é problema que não recebeu tratamento uniforme no direito comparado, e o modo de enfrentá-lo está na origem dos diferentes sistemas de controle de constitucionalidade das leis. Nos Estados Unidos, onde nasceu o método de controle difuso da constitucionalidade, o problema foi superado com a adoção da doutrina do *stare decisis*, cuja consequência prática é a de atribuir eficácia *erga omnes* às decisões da Suprema Corte em matéria constitucional" (ZAVASCKI, Teori Albino. Ob. Cit., p. 27).

condicionar os órgãos jurisdicionais inferiores a adotar o posicionamento exarado pelo Supremo Tribunal Federal na via do controle de constitucionalidade difuso e incidental. Em suma: os condicionantes históricos advindos da *civil law* pouco ou nada contribuíram para uma cultura jurídica de respeito aos precedentes.

Em outras palavras, a transposição de um sistema desenvolvido para a experiência do direito norte-americano, norteador pela tradição da *commow law*, dotado da técnica do instituto do *stare decisis*²⁴⁷, com a implementação acrítica para o direito brasileiro (tributário da herança da *civil law*), guardou - desde o seu advento - o germe embrionário que veio a plasmar, hodiernamente, a ausência de efeito vinculante para certos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal em matéria de controle de constitucionalidade, com reflexos diretos na questão da segurança

²⁴⁶ SOTELO, José Luis Vásquez. A jurisprudência vinculante na "commow law" e na "civil law", *In XVI Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual*. Brasília, 1988. p. 367.

²⁴⁷ "Em outras palavras, o princípio do *stare decisis* opera de modo tal que o julgamento de inconstitucionalidade da lei acaba, indiretamente, por assumir uma verdadeira eficácia erga omnes e não se limita então a trazer consigo o puro e simples efeito da não aplicação da lei a um caso concreto com possibilidade, no entanto, de que em outros casos a lei seja, ao invés, de novo aplicada" (CAPPELLETTI, Mauro. Ob. Cit., p. 81). No mesmo sentido, há que se observar a ressalva formalizada por Kelsen: "Embora nos Estados Unidos tenham o poder de rejeitar somente no caso concreto a aplicação de uma lei que declarem inconstitucional (...) as decisões da Suprema Corte têm caráter obrigatório para todas as outras Cortes (...) uma decisão desta rejeitando a aplicação de uma lei por inconstitucionalidade num caso concreto, tem, na prática, quase o mesmo efeito da anulação geral da lei. Porém a norma de *stare decisis* não é de modo algum absoluta" (KELSEN, Hans. Ob. Cit., p. 307).

jurídica²⁴⁸ e ainda na demanda por tratamento *isonômico* nas situações jungidas por contornos fáticos semelhantes²⁴⁹.

Em última análise, a ausência de mecanismos rígidos que assegurem a uniformidade das decisões - na via difusa - conduz à possibilidade de que os demais magistrados continuem a aplicar o ato normativo objeto de questionamento, em outros casos idênticos, considerando a presunção de sua constitucionalidade, a despeito do eventual pronunciamento contrário manifestado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle *incidental*.

... a introdução deste método 'difuso' de controle nos sistemas jurídicos da Europa continental e, mais em geral, nos sistemas denominados de *civil law*, ou seja, de derivação romanística, em que não existe o princípio, típico dos sistemas de *commow law* do '*stare decisis*' (...) levaria à consequência de que uma mesma lei poderia não ser aplicada, porque julgada inconstitucional, por alguns juízes, enquanto poderia, ao invés, ser aplicada, porque não julgada em contraste com a Constituição, por outros. Demais, poderia acontecer que o mesmo órgão judiciário

²⁴⁸ Tal é a constatação de Gustavo BINENBOJM: "Por outro lado, do ponto de vista prático, a introdução do sistema difuso em países ligados à tradição romano-germânica - que de resto se deu em diversos países -, que não conhecem o princípio do precedente vinculativo (*stare decisis*), típico dos sistemas de *commow law*, se revelaria problemática do ponto de vista da segurança jurídica. De fato, uma determinada lei poderia não ser aplicada por alguns juízes, sob argumento de inconstitucionalidade, enquanto outros juízes, de opinião contrária, poderiam entendê-la aplicável. Ademais, é possível que se formem verdadeiras tendências contrastantes entre órgãos judiciários de diverso grau, como ocorre, v.g., entre juízes de primeiro grau - geralmente mais jovens e progressistas - e juízes de instâncias superiores - mais ligados à tradição e invariavelmente mais conservadores -, (...). Por fim, aponta-se ainda como inconveniente a circunstância de a decisão de inconstitucionalidade no sistema difuso produzir efeitos apenas entre as partes do litígio, o que obriga todo e qualquer interessado na mesma questão à propositura de ação idêntica, só que sem a garantia de obter igual solução. A pleora de ações rigorosamente iguais (circunstância tão freqüente na realidade brasileira) sem uma solução célere e homogênea, além de *emperrar* o funcionamento da máquina judiciária, representa um foco recorrente de conflitos sociais e descrédito das instituições do Estado de Direito" (BINENBOJM, Gustavo. Ob. Cit., p. 40-41). Em outra passagem, o referido autor ainda complementa o problema da *alocação* indevida do modelo herdado da matriz americana: "Não se deve olvidar, entretanto, que o referido sistema foi plagiado da matriz norte-americana, vinculada à tradição anglo-saxônica da *commow law*. Assim, representando embora inegável avanço, do ponto de vista democrático, pelo acesso direto à Constituição que proporciona às partes em litígio e aos juízes e tribunais, tal sistema exibiu, desde logo, algumas deficiências e outras tantas inconveniências, decorrentes de sua adoção em um país herdeiro da tradição jurídica romano-germânica. A divergência de entendimentos entre juízes e mesmo, por vezes, entre tribunais, associada à inexistência de um sistema de vinculação aos precedentes, como o *stare decisis*, no direito anglo-saxônico, sempre foi fonte geradora de incerteza e inseguranças jurídicas" (BINENBOJM, Gustavo. Ob. Cit., p. 124).

²⁴⁹ "Assim, põe-se em foco, objetivamente, a questão de como harmonizar a eficácia da decisão sobre a constitucionalidade da norma no caso concreto com as imposições dos princípios constitucionais da isonomia - que é absolutamente incompatível com eventuais tratamentos diferentes em face da mesma lei quando forem idênticas as situações -, e da segurança jurídica, que recomenda o grau mais elevado possível de certeza e estabilidade dos comandos normativos" (ZAVASCKI, Teori Albino. Ob. Cit., p. 26).

que, ontem, não tinha aplicado uma determinada lei, ao contrário, a aplique hoje, tendo mudado de opinião sobre o problema de sua legitimidade constitucional. Poderiam, certamente, formar-se verdadeiros 'contrastes de tendências' entre órgãos judiciários de tipo diverso – que se manifestassem, por exemplo, em perigosos contrastes entre os órgãos da justiça ordinária e os da justiça administrativa (...).²⁵⁰

É acertado concluir, por outro lado, que o incremento da produção legislativa, a ampliação do acesso à jurisdição estatal e a ausência de familiaridade com ferramentas similares ao *stare decisis*, são fatores que, em conjunto, aumentam a probabilidade de surgimento de decisões discrepantes, tornando prudente a criação de mecanismos que possibilitem a harmonização da jurisdição constitucional²⁵¹, com reflexos diretos na previsibilidade e, por conseguinte, na segurança jurídica²⁵².

Assim, a experiência nacional foi pautada por um modelo de jurisdição constitucional tipicamente atrelado à sistemática *difusa* e *concreta* de tutela dos direitos, nos moldes praticados nos Estados Unidos da América. E, de resto, o STF passou a se comportar mais como uma Corte de Cassação do que como um

²⁵⁰ CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit. p. 77.

²⁵¹ "... o reconhecimento da competência difusa para declaração de inconstitucionalidade pode fazer com que um mesmo texto normativo seja reputado válido por alguns tribunais e nulo por outros. Como é sabido, no sistema norte-americano o instituto do *stare decisis* impõe limites a essa variação, enquanto sua ausência nos países de direito romanista sempre foi considerada um risco para o bom funcionamento do controle difuso. Com o incremento da produção legislativa e a ampliação do acesso à justiça, que acompanharam a consolidação do Estado Social, a probabilidade de decisões judiciais divergentes no campo do controle de constitucionalidade foi exponenciada, tornando necessária a criação de mecanismos que possibilitem a harmonização da jurisprudência constitucional" (SCAFF, Fernando Facury e MAUÉS, Antonio G. Moreira. Ob. Cit., p. 226/227). Acompanhando tal linha de raciocínio, posicionam-se ainda Marcelo LAMY e Luiz Guilherme Arcaro CONCI: "se, efetivamente, buscamos nos assemelhar ao modelo norte-americano, por que não vimos acontecer, em todo o período republicano, a efetivação de um instrumento que nas terras no Norte funciona como um unificador do próprio direito e, mais ainda, de sua aplicação isonômica, que se situa, claro, para muito além dos textos das leis, e para muito perto do que os tribunais entendem por direito vigente? Por que não buscamos ensino na figura do *stare decisis* americano?" (LAMY, Marcelo; e, CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Ob. Cit., p. 299).

específico Tribunal Constitucional. Por isso, acompanhando Renato Stanzola VIEIRA, pode-se dizer que a atuação do STF e, de modo geral, da jurisdição constitucional brasileira, “gera a seguinte perplexidade: de um lado, tem-se timidez ao apreciar *in totum* a questão da inconstitucionalidade de atos normativos que sejam trazidos a julgamento em sistemática difusa e concreta e, para isso, adota-se a fórmula casuística de se intervir nesses casos sob óptica pensada para outro modelo, matizado para distinto procedimento e problemática constitucional”²⁵³.

1.6.2. A Constituição de 1934 e a implantação da resolução senatorial.

Conforme já foi dito, a inexistência de mecanismos processuais e técnicas capazes de viabilizar a expansão dos efeitos de certas decisões proferidas em controle de constitucionalidade pelo órgão de cúpula do Judiciário nacional, afastando a *compatibilidade vertical* deste pronunciamento com as demais manifestações e decisões dos outros órgãos do Poder Judiciário nacional, tem contribuído para uma certa instabilidade no âmbito das relações jurídicas²⁵⁴. É o que preleciona Lênio Luiz STRECK:

O maior problema desta nossa embrionária forma de controle decorria do fato de que não havia como dar efeitos *erga omnes* e vinculantes às decisões do Supremo Tribunal Federal. Explicando: nos Estados Unidos, modelo que nos inspirou, vige o

²⁵² “O sistema jurídico brasileiro, em tal dimensão, afigura-se completamente privado de efetividade, pois indubitavelmente não é capaz de permitir previsões e qualificações jurídicas unívocas. Há uma mínima preocupação, na ordem jurídica brasileira, com a previsibilidade. (...) É interessante notar que a previsibilidade é relacionada aos atos do Judiciário, isto é, às decisões, mas que esta previsibilidade garante a confiabilidade do cidadão nos seus próprios direitos. Um sistema incapaz de garantir a previsibilidade, assim, não permite que o cidadão tome consciência dos seus direitos, impedindo a concretização da cidadania. E não se pense que a garantia de previsibilidade das decisões judiciais é algo que diz respeito ao sistema da *commow law* e não ao sistema de *civil law*. Ora, tanto as decisões que afirmam direitos independentemente da lei quanto as decisões que interpretam a lei, seja no *commow law* ou no *civil law*, devem gerar previsibilidade aos jurisdicionados, sendo completamente absurdo supor que a decisão judicial que se vale da lei pode variar livremente de sentido sem gerar insegurança” (MARINONI, Luiz Guilherme. A segurança jurídica como fundamento do respeito aos precedentes. In CORRÊA, Estevão Lourenço (Coord.) **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**. n.º 37. Curitiba : 2009. p. 60-61).

²⁵³ VIEIRA, Renato Stanzola. Ob. Cit., p. 294-295.

²⁵⁴ “Há, porém, problemas decorrentes dessa conjugação, pois não contando o sistema jurídico brasileiro com o princípio do *stare decisis*, existente no mundo da *commow law*, fica muito vulnerabilizada a autoridade dos tribunais superiores, especialmente a do Supremo Tribunal Federal. Ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei, numa ação direta de inconstitucionalidade, ou num recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal não conta com a fidelidade dos demais órgãos do Judiciário, como ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos” (VIEIRA, Oscar Vilhena. Ob. Cit., p. 218).

sistema jurídico denominado *common law*; onde, através da doutrina do *stare decisis*, cada decisão da Suprema Court tem efeito vinculante. Observe-se que o *stare decisis* é regra costumeira, na medida em que não consta nem na Constituição e nem nos *statutes* (leis escritas). Assim, se a *Supreme Court*, ao examinar um recurso – porque somente por recurso um case de índole constitucional chega até lá, pela inexistência do controle concentrado de constitucionalidade – decidir que determinada lei ou dispositivo de lei é inconstitucional, pela regra do *stare decisis* nenhum juiz ou tribunal inferior poderá voltar a aplicar tal lei ou dispositivo. Estará, pois, vinculado ao *precedent*, mecanismo cujo funcionamento já foi delineado em capítulo específico. No nascedouro da República, pois, embora praticantes do modelo de direito romano-germânico, optamos pelo controle difuso de constitucionalidade, *sem qualquer mecanismo que estendesse o efeito da decisão para o restante da sociedade*.²⁵⁵

O assunto ganhou maior ênfase a partir do advento da Constituição de 1934²⁵⁶, ocasião em que o Senado Federal passou a dispor da prerrogativa de *suspender* a execução (ou *coatar* os efeitos²⁵⁷) de lei ou ato normativo cuja inconstitucionalidade houvesse sido declarada pela via *judicial*²⁵⁸. Com efeito, interessante assinalar que foi atribuído ao Senado Federal a competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, declarados inconstitucionais pelo *Poder Judiciário* (Constituição de

²⁵⁵ STRECK, Lênio Luiz. Ob. Cit., p. 341.

²⁵⁶ Diz-se tratado sem eficácia, pois segundo Gilmar Ferreira MENDES, a alteração trouxe excesso de poder ao Senado e inviabilizou a melhor atuação do Supremo Tribunal Federal (MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *In Revista de Informação Legislativa*. ano 41, n.º 162, p. 149-168, abr./jun. 2004).

²⁵⁷ Com efeito, ao comentar a implantação do Senado Federal por meio da Constituição de 1934, Nagib SLAIBI FILHO faz menção à regra do art. 91, inc. IV, daquele texto constitucional: “Já o inciso IV trouxe o que hoje está no art. 52, X, da Constituição de 1988, qual seja, o poder do Senado Federal de suspender a execução (ou coatar os efeitos) de lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário” (SLAIBI FILHO, Nagib. Ob. Cit., p. 303).

²⁵⁸ A solução em questão é explicada por André Ramos TAVARES: “Esta foi a solução engenhosa, encontrada para conferir efeitos *erga omnes* à decisão proferida pelo Supremo em um caso concreto (...) sem se permitir a continuidade da existência de leis inconstitucionais dentro do sistema pátrio” (TAVARES, Andre Ramos. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed., rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2009. p. 276). Na mesma linha, Paulo BROSSARD já prelecionava que “entre o sistema americano do julgamento *in casu*, e o sistema europeu do julgamento *in thesi*, o constituinte de 34, sem abandonar o sistema de inspiração norte-americana, tradicional entre nós, deu um passo no sentido de aproveitar algo da então recente experiência européia; fê-lo conferindo ao Senado, órgão político, então denominado de ‘coordenação de poderes’, a faculdade de, em face de e com base em julgamento definitivo do Supremo Tribunal Federal, que vincula apenas os litigantes, estender os seus efeitos, obviamente no que tange à inconstitucionalidade da norma, a quantos não foram parte no litígio, mediante a suspensão de lei ou decreto” (BROSSARD, Paulo. O senado e as leis inconstitucionais, *In Revista de Informação Legislativa* n.º 50/61. p. 61).

1934, artigo 91, inciso IV²⁵⁹). Em outras palavras, nesta oportunidade, tratou-se de disciplinar o problema da ausência do efeito *erga omnes*²⁶⁰ dos pronunciamentos em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Destarte, a regra precursora da Constituição de 1934 foi transplantada para o art. 52, X, da CF/88. Desse modo, a possibilidade de *suspensão*, por parte do Senado Federal, da execução da norma declarada inconstitucional é rotulada, por Teori Albino ZAVASCKI, como hipótese de eficácia *reflexa* ou *anexa* das decisões do STF em matéria constitucional²⁶¹. Não se trata, por óbvio, de mecanismo de *revogação* da lei inconstitucional, mas, ato normativo com a pretensão de “universalizar”²⁶² o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei hostilizada²⁶³.

²⁵⁹ O art. 91, IV, da Constituição de 1934 (“Art. 91. Compete ao Senado Federal: (...) IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário; [...]”) comportava interpretação conjugada com a regra do art. 96 da mesma Carta (“Art 96. Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurador-Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, nº IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato”), afastando, assim, eventual compreensão atinente à possibilidade de outros órgãos manifestarem a declaração de inconstitucionalidade.

²⁶⁰ “Uma das inovações da Constituição de 1934 – que se insere mais especificamente nos limites desta abordagem – está exatamente no papel atribuído ao Senado no âmbito do controle difuso de constitucionalidade. Com efeito, é pelo texto de 1934 que começa a ser resolvido o problema da ausência do efeito *erga omnes* inexistente na Constituição de 1891. Assim, em face do art. 91, IV, da citada Carta, o Supremo Tribunal Federal, depois que, em sede de recurso extraordinário ou em julgamento originário, declarasse a inconstitucionalidade de ato normativo, deveria comunicar o Senado, ao qual competia suspender a execução da lei. Com isto, *inter partes* o efeito era *ex tunc*; para o restante da sociedade, desde que suspensa a execução do ato normativo pelo Senado, o efeito era *ex nunc* e *erga omnes*” (STRECK, Lênio Luiz. Ob. Cit., p. 345)

²⁶¹ “Estabelecido que a decisão incidental sobre constitucionalidade tem eficácia limitada ao caso concreto, tornou-se necessária a adoção de mecanismos para preservar a segurança jurídica e a isonomia e evitar, nos tribunais, a repetição desnecessária do julgamento da mesma questão. Assim, com o correr do tempo, várias importantes modificações nesse sentido foram sendo produzidas no sistema, todas elas com indisfarçável finalidade de ampliar a eficácia dessas decisões, mormente quando proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição. As mais significativas foram: (a) habilitar o Senado a suspender a execução das normas declaradas inconstitucionais pelo STF; (b) tornar vinculativa, para os tribunais, as decisões do STF em matéria constitucional; (c) salientar a força de precedente das decisões do STF, ensejando, com a sua adoção, julgamento simplificado dos recursos e o acolhimento de ação rescisória. É o que se pode denominar de *eficácia reflexa* ou *eficácia anexa* das decisões do STF em matéria constitucional. *Reflexa*, porque transmite (‘reflete’) efeitos para além do caso julgado, com consequências, ainda que indiretas, em outras situações jurídicas e em relação a outras pessoas, que não as vinculadas à relação processual originária. E *anexa*, porque se trata de eficácia automática da decisão do STF, que se opera independentemente de provocação ou de manifestação da Corte a respeito dela” (ZAVASCKI, Teori Albino. Ob. Cit., p. 30-31).

²⁶² “Realmente, na hipótese do inciso X do artigo 52, se o Supremo é senhor da constitucionalidade, o Senado é senhor da generalidade” (BARROS, Sérgio Resende de. Ob. Cit., p. 604).

Como é de se aceitar, a distinção é salutar à luz do *horizonte temporal* alcançado pela vigência da norma, razão pela qual, com a suspensão senatorial, dar-se-á, nas palavras de Teori Albino ZAVASCKI, uma “revogação” *ex tunc*, com o alcance e disciplina de fatos pretéritos ocorridos durante sua vigência.

Contudo, é de se reconhecer que, desde então, a solução aventada dispõe de reduzida *efetividade*²⁶⁴, em virtude da propalada *discrecionariade* do Senado Federal em *suspender* a eficácia do ato normativo considerado inconstitucional²⁶⁵. De mais a mais, a *suspensão* preconizada pelo art. 52, X, da Constituição de 1988 parece não se coadunar plenamente com o manejo das demais técnicas contemporâneas consentâneas com o controle de constitucionalidade (interpretação conforme a Constituição, declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto

²⁶³ “A Resolução do Senado tem, portanto, natureza normativa, já que universaliza um determinado *status* jurídico: o do reconhecimento estatal da inconstitucionalidade do preceito normativo. (...) Não se pode confundir o instituto da suspensão da norma com o da sua revogação. A norma revogada deixa de incidir a partir de sua revogação, mas incidiu validamente sobre os suportes fáticos ocorridos durante a sua vigência. Isso significa que, mesmo depois da sua revogação, a norma pode e deve ser aplicada pelo juiz, pelo administrador público e por quem mais tenha de apreciar controvérsias sobre fatos jurídicos anteriores. No caso de suspensão por inconstitucionalidade, as consequências são diferentes. A norma inconstitucional é nula desde a origem e, como tal, nunca teve aptidão para operar o fenômeno da incidência. É norma que nunca incidiu. Assim, a declaração de sua inconstitucionalidade pelo Supremo, na via do controle difuso, importa o reconhecimento judicial, vinculante para as partes, de que, no caso examinado, não ocorreu a incidência. A Resolução do Senado que ‘suspende a execução’ opera a universalização dessa consequência: importa reconhecimento estatal de que a norma em questão jamais teve aptidão para incidir, e, portanto, jamais incidiu em qualquer situação. É como se houvesse uma ‘revogação’ *ex tunc*. Em decorrência disso, aos aplicadores do direito já não será dado invocar a norma suspensa, nem em relação a suportes fáticos que venham a ocorrer a partir da suspensão, nem em relação a fatos ocorridos no passado. Em suma: havendo revogação, a norma deixa de incidir *ex nunc*; havendo inconstitucionalidade, a não-incidência é *ex tunc*. Pode-se afirmar, portanto, que, relativamente ao futuro, tanto a norma revogada quanto a suspensa não incidem; porém, relativamente ao passado, a norma revogada incidiu, enquanto a norma suspensa, porque inconstitucional, não incidiu” (ZAVASCKI, Teori Albino. Ob. Cit., p. 32-33).

²⁶⁴ “Até mesmo suspensão da execução de lei ou ato normativo pelo Senado Federal, que só se justificava como fator corretivo de um sistema difuso *puro*, foi *atavicamente* mantida” (BINENBOJM, Gustavo. Ob. Cit., p. 127).

²⁶⁵ O entendimento de Clèmerson Merlin CLÉVE é no sentido de que o Senado Federal poderá, mediante juízo eminentemente *político*, suspender os efeitos da norma reputada inconstitucional (CLÉVE, Clèmerson Merlin. Ob. Cit., p. 121-122). Na mesma linha, posiciona-se Michel TEMER: “A nosso ver, existe *discrição* do Senado ao exercitar essa competência. Suspenderá, ou não, a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo, de acordo com o seu entendimento. O simples fato de o art. 52, X, possibilitar a suspensão parcial ou total da lei revela essa *discrecionariade*” (TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998. 48).

etc.)²⁶⁶. Para ficar apenas numa destas hipóteses, ao se advogar pelo reconhecimento da inconstitucionalidade de um dos sentidos da norma jurídica (declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto), tem-se que não há como se cogitar da suspensão da eficácia do “texto” da norma, razão pela qual a resolução senatorial não é compatível com este tipo de técnica de salvamento da regra jurídica. Ademais, a resolução senatorial tampouco se revela útil ou eficaz no caso de pronunciamento pela *não recepção* do direito pré-existente à Constituição vigente²⁶⁷, motivo porque, percebe-se, hodiernamente, a manifesta insuficiência da solução engendrada no art. 52, X, da CF/88.

Ainda sob os auspícios das Constituições anteriores, pode-se dizer que o problema da *sustação* senatorial dos efeitos da norma reputada inconstitucional não mereceu adequado posicionamento por parte do Senado Federal. Como é cediço, após a declaração de inconstitucionalidade emanada do controle difuso, tornava-se

²⁶⁶ “Deve-se observar, outrossim, que o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado mostra-se inadequado para assegurar eficácia geral ou efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal que não declaram a inconstitucionalidade de uma lei, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta. Isso se verifica quando o Supremo Tribunal afirma que dada disposição há de ser interpretada dessa ou daquela forma, superando, assim, entendimento adotado pelos tribunais ordinários ou pela própria Administração. A decisão do Supremo Tribunal não tem efeito vinculante, valendo nos estritos limites da relação processual subjetiva. Como não se cuida de declaração de inconstitucionalidade de lei, não há que se cogitar aqui de qualquer intervenção do Senado, restando o tema aberto para inúmeras controvérsias. Situação semelhante ocorre quando o Supremo Tribunal Federal adota uma interpretação conforme à Constituição, restringindo o significado de uma dada expressão literal ou colmatando uma lacuna contida no regramento ordinário. Aqui o Supremo Tribunal não afirma propriamente a ilegitimidade da lei, limitando-se a ressaltar que uma dada interpretação é compatível com a Constituição, ou, ainda, que, para ser considerada constitucional, determinada norma necessita de um complemento (lacuna aberta) ou restrição (lacuna oculta – redução teleológica). Todos esses casos de decisão com base em uma interpretação conforme a Constituição não podem ter a sua eficácia ampliada com o recurso ao instituto da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal. Mencionem-se, ainda, os casos de *declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto*, nos quais se explicita que um significado normativo é inconstitucional sem que a expressão literal sofra qualquer alteração. Também nessas hipóteses, a suspensão de execução da lei ou do ato normativo pelo Senado revela-se problemática, porque não se cuida de afastar a incidência de disposições do ato impugnado, mas tão-somente de um de seus significados normativos. (...) Da mesma forma, a suspensão da execução da lei inconstitucional não se aplica à declaração de não-recepção da lei pré-constitucional levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal. Portanto, das decisões possíveis em sede de controle, a suspensão de execução pelo Senado está restrita aos casos de declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo” (MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *In Revista de Informação Legislativa*, ano 41, n.º 162, p. 149-168, abr./jun. 2004. p. 155).

²⁶⁷ “Daí resulta, conforme a mesma jurisprudência, que o exame da compatibilidade ou não do direito anterior com o novo ordenamento constitucional ‘é questão de natureza constitucional, ainda que não se trate de inconstitucionalidade, e, sendo questão constitucional, seu exame por esta Corte se fará por via de recurso extraordinário no controle difuso’, não se admitindo seja ela objeto de controle concentrado” (ZAVASCKI, Teori Albino. Ob. Cit., p. 144).

exigível a resolução senatorial para suspender *erga omnes* os efeitos da norma inquinada de inconstitucionalidade. Da mesma forma, ao se admitir a natureza estritamente *declaratória* do pronunciamento advindo do controle concentrado, dar-se-ia a necessidade de regulamentar as situações advindas da vigência da norma reputada inconstitucional. Entretanto, o Senado Federal “nunca se viu obrigado a automaticamente baixar a resolução suspensiva dos efeitos da norma impugnada, a despeito da prévia decisão sobre o tema pelo Supremo Tribunal Federal. Embora alguns doutrinadores já na época insistissem sobre tal vinculação, o certo é que o Senado somente o fazia quando achava conveniente”²⁶⁸.

Tal situação, diga-se de passagem, conduziu ao manejo de medidas cautelares, aliadas à interposição de recurso extraordinário, para se resguardar situações decorrentes da *omissão* do Senado Federal na *suspensão* dos efeitos do ato normativo reputado inconstitucional. Assim, pelo caráter singular do julgamento²⁶⁹, Nagib SLAIBI FILHO faz menção à representação de n.º 933 submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal, ocasião em que se descortinaram duas vertentes de pensamento em relação ao tema: (i) o Min. José Geraldo Rodrigues de ALCKMIN votou concedendo provimento cautelar desejado, sob os auspícios de que nenhum juiz deve proferir sentença ciente de que esta não deva produzir efeitos; (ii) o Min. Eloy da ROCHA negou o pedido cautelar pleiteado, afirmando que na ação direta de inconstitucionalidade, a prestação jurisdicional finda

²⁶⁸ SLAIBI FILHO, Nagib. Ob. Cit., p. 308.

²⁶⁹ “Enfim, pela célebre decisão cautelar proferida na Representação de Inconstitucionalidade n.º 933, pela única e exclusiva vez em toda a história, até então, do controle de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal transcendeu o seu caráter de órgão jurisdicional para alcançar o patamar legislativo e, assim, adentrar em tarefa que não era típica da função jurisdicional. (...) No entanto, o apontado precedente representou para o Supremo Tribunal Federal a travessia do Rubicão entre as suas funções jurisdicionais (do caso concreto) e as funções legislativas (de dispor *erga omnes*, com eficácia de lei); de órgão do Poder Judiciário para funções do Poder Legislativo, de função até então considerada como de ‘técnica de julgamento’ para função de amplo campo político, de discricionariedade ou conveniência. É certo que a tal foi compelido pelo império das circunstâncias e pelo fato de que recebera, pela Emenda Constitucional n.º 16/65, o poder de julgar a ação direta de inconstitucionalidade, embora, até então, não tivesse a Suprema Corte autoridade própria para fazer cessar os efeitos da norma impugnada, o que dependia de resolução senatorial” (SLAIBI FILHO, Nagib. Ob. Cit., p. 312).

com a declaração pretendida, não competindo ao Poder Judiciário *suspender* os efeitos do ato normativo, cuja competência, desde então, era do Senado Federal²⁷⁰.

1.6.3. Por uma nova compreensão da resolução senatorial em matéria de controle difuso.

Consoante sinalizado até aqui, as mutações em curso recomendam uma alteração na compreensão da competência senatorial disposta no art. 52, X, da CF/88. Afinal, não se pode desconsiderar que, atualmente, o efeito vinculante decorrente do controle difuso pode ser garantido com a edição de súmula vinculante que venha a ser manejada, para sedimentar a *ratio decidendi* dos julgamentos proferidos em sede de recurso extraordinário²⁷¹. Portanto, se o efeito vinculante pode ser imposto por vias oblíquas, tal circunstância induz a uma nova compreensão do papel da resolução senatorial.

Não por outras razões, Luis Roberto BARROSO defende que a competência atribuída ao Senado Federal tornou-se um verdadeiro *anacronismo* no cenário pós-1988:

A verdade é que, com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade, pela EC 16/65, e com o contorno dado à ação direta pela Constituição de 1988, essa competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo. Uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos. Respeitada a razão histórica da

²⁷⁰ "No entanto, sob o impressionante peso do pensamento de que o poder acautelar é inerente ao poder de decisão, a maioria concedeu a liminar, antecipando o Tribunal, assim, a tutela própria da resolução senatorial. Mas se o Supremo Tribunal Federal poderia conceder cautelar antecipando os efeitos da resolução de órgão legislativo, desde logo se viu desnecessário que nas representações de inconstitucionalidade fosse a decisão comunicada ao Senado Federal, ficando, assim, reservada a comunicação ao órgão legislativo somente para os casos de reconhecimento incidental de inconstitucionalidade. Aliás, nesse sentido, respaldando a posição que a Suprema Corte tomou na Representação n.º 933, ao conceder a cautelar, dois anos depois veio a Emenda Constitucional n.º 7, outorgada por Ernesto Geisel, em 13 de abril de 1977, dispondo sobre o que se denominou de *Reforma da Justiça*, instituindo regime nacional único para a Magistratura através da *Lei Orgânica da Magistratura Nacional*, somente editada em 1979, e alterando a competência do Supremo Tribunal Federal com a nova redação do art. 119, I, (...)" (SLAIBI FILHO, Nagib. Ob. Cit., p. 310-311).

²⁷¹ Com efeito, Humberto THEODORO JR. corrobora tal assertiva, atinente ao possível advento do efeito vinculante "*no controle difuso da Constitucionalidade*, em que a questão constitucional não é objeto, mas motivo, do julgado do Supremo Tribunal Federal, também poderá surgir a força vinculante. Esta, todavia, não emergirá diretamente do julgado, mas dependerá de inclusão do entendimento em Súmula extraída da reiteração de decisões sobre a mesma matéria (CF, art. 103-A, acrescido pela Emenda n.º 45)" (THEODORO JUNIOR, Humberto. Alguns reflexos da emenda constitucional n.º 45, de 08.12.2004, sobre o processo civil. In MACHADO, Fábio Cardoso [et. al.] (coord.). **A reforma do poder judiciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 391).

previsão constitucional, quando de sua instituição em 1934, já não há mais lógica razoável em sua manutenção. Também não parece razoável a lógica, com a vênua devida aos ilustres autores que professam entendimento diverso, a negativa de efeitos retroativos à decisão plenária do Supremo Tribunal Federal que reconheça a inconstitucionalidade de uma lei. Seria uma demasia, uma violação ao princípio da economia processual, obrigar um dos legitimados do art. 103 a propor ação direta para produzir uma decisão que já se sabe qual é!²⁷².

Nessa mesma perspectiva, posiciona-se também Clèmerson Merlin CLÈVE ao realçar que a fórmula encontrada pelo constituinte de 1934, apesar de criativa e pertinente para aquele momento histórico, tornou-se questionável no sistema atual²⁷³. As críticas são procedentes.

Com efeito, não pode ser ignorado que o comando do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988 – como reminiscência histórica - comporta uma nova compreensão, diante do fato de que, quando do surgimento do antecedente histórico veiculado pela Constituição de 1934, o Senado Federal era compreendido como “órgão de coordenação dos poderes federais”²⁷⁴; e, conseqüentemente, não se tratava de “típico” poder com incumbências *legiferantes*.

Com a *transmutação* das funções típicas do Senado da República e diante do *status* que lhe foi outorgado pela Constituição de 1988, a regulamentação das situações normadas e a expansão do efeito vinculante devem estar salvaguardadas por outros meios. Afinal, no modelo vigente, não lhe compete mais o papel de coordenação entre os Poderes da República. Ou seja, no cenário atual, a competência do art. 52, X, da CF/88 não pode ser erigida como ferramenta capaz de conferir uma proeminência institucional ao Senado da República, sob pena de

²⁷² BARROSO, Luis Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 92.

²⁷³ “Parece constituir um anacronismo a permanência do mecanismo quando o país adota, na atualidade, não apenas a fiscalização incidental, mas também a concentrada-principal, decorrente de ação direta e, inclusive, para suprimimento de omissão. Tem-se que chegou a hora, afinal, de transformar o Supremo Tribunal Federal em verdadeira Corte especializada em questões constitucionais, retirando-se do Senado a atribuição discutida no presente item. O estudo do direito comparado pode demonstrar que, com vantagem, poderia a república substituir o modelo atual pelo praticado em outros países que emprestam, satisfeitos, determinados e rigorosos pressupostos à decisão do órgão fiscalizador da constitucionalidade, eficácia *erga omnes*” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ob. Cit., p. 124-125).

²⁷⁴ VIEIRA, Renato Stanzola. Ob. Cit., p. 14.

convertê-lo numa espécie de poder *moderador*²⁷⁵, aqui tal qual ressurgido como *fênix*.

É preciso insistir, com substrato nessa linha de raciocínio, que os pronunciamentos decisórios emanados do Supremo Tribunal Federal em sede de controle *difuso* não guardam nenhuma diferença *ontológica* com a manifestação exarada em sede de controle *concentrado*. Afinal, ambas as técnicas de sindicabilidade substanciam inequívoco exercício da jurisdição constitucional confiada ao órgão de cúpula do Judiciário brasileiro. É no mínimo questionável insistir com a idéia de que a diferença que se coloca entre o sistema abstrato e o controle incidental e concreto diz respeito ao horizonte dos afetados (eficácia *erga omnes* e eficácia *inter partes*²⁷⁶), pois, com o regramento imposto para a admissão do recurso extraordinário (exigência de demonstração da repercussão geral, com a evidente *transcendência* da questão constitucional), não há como prevalecer a tese de uma diferenciação de natureza *qualitativa* entre os referidos mecanismos. O tema será retomado em outras passagens deste estudo.

Portanto, a resolução senatorial passa a ser compreendida não como requisito para conferir eficácia *erga omnes* ao conteúdo da decisão inconstitucional, de modo que setores progressistas da doutrina brasileira passam a visualizar aí um mecanismo voltado a conferir *publicidade* ao pronunciamento advindo do Supremo Tribunal Federal²⁷⁷. Não por outra razão, Dirley da CUNHA JR. sustenta a ocorrência

²⁷⁵ Em sentido contrário, a defesa desta função *moderadora* foi endossada por Clèmerson Merlin CLÈVE e Alessandra Ferreira MARTINS: "Em relação a essa importante competência, embora a Constituição de 1988 não confira ao Senado, como fez a Constituição de 1934, a tarefa de coordenar os poderes federais entre si, pode-se dizer que ela consiste em uma das espécies da função moderadora" (CLÈVE, Clèmerson Merlin; MARTINS, Alessandra Ferreira. Resolução n.º 71/2005 do senado federal e crédito-prêmio de IPI. In **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 6, n.º 23, janeiro/março 2006. p. 55).

²⁷⁶ Acerca da clássica distinção, cabe transcrever a síntese formalizada por CANOTILHO: "O controle com efeitos *inter partes* corresponde à clássica *judicial review*: os juízes exercem o seu *Prüfungsrecht* ('direito de prova', direito de 'fiscalização', direito de 'exame') e controlam a validade da norma ou normas incidentes na solução do caso concreto. O controlo com eficácia *erga omnes* é próprio do controlo concentrado e corresponde ao exercício de uma *Verwefungskompetenz* ('competência de rejeição'). O Tribunal Constitucional ou órgão correspondente afirma-se como 'defensor da Constituição', 'legislado' negativamente, ou seja, eliminando do ordenamento jurídico a norma inconstitucional" (CANOTILHO, JJ. Gomes. Ob. Cit., p. 903).

²⁷⁷ "Depois, a Suprema Corte recolocou o papel institucional do Senado Federal, de forma a promover uma *mudança constitucional*, passando a entender a estranha atuação da Câmara Senatorial não como requisito de eficácia *erga omnes* da decisão jurídica final, e sim, como 'competência apenas para dar publicidade à suspensão de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal'" (VIEIRA, Renato Stanzola. Ob. Cit., p. 257).

de uma mutação constitucional ou interpretação constitucional evolutiva com o escopo de direcionar a competência do Senado Federal, “para a atribuição, não mais de efeitos genéricos, mas tão somente de mera publicidade à decisão do Supremo que declara, no controle concreto, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, visando, finalmente, equiparar os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto”²⁷⁸. Entretanto, cabe o registro de que a defesa de uma conformação *publicista* para a resolução senatorial não é objeto de aceitação unânime, encontrando resistências em certos segmentos da doutrina²⁷⁹. Os argumentos opositoristas à mutação constitucional envolvendo a resolução senatorial são construídos com apego a uma visão romântica da separação de poderes, com ênfase para o juízo *político* intrínseco à regulação do Senado da República²⁸⁰. É de se notar, no entanto, que as teses que buscam refutar a ocorrência de uma mutação no papel das resoluções senatoriais não respondem de que maneira poderão ser reguladas as diferentes matizes possíveis da decisão constitucional proferida no controle difuso.

Ora, se a resolução senatorial não é plenamente adequada para fazer frente às complexas situações surgidas no cenário da jurisdição constitucional brasileira, é acertado concluir que a expansão do efeito vinculante e a regulação das situações surgidas no plano normado devem ser buscadas por outros meios.

²⁷⁸ CUNHA JR. Dirley da. O princípio do *stare decisis* e a decisão do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade. In CAMARGO, Marcelo Novelino (coord.) **Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade**. Salvador: JusPodium, 2007. p. 91.

²⁷⁹ Com efeito, Dalton Santos MORAIS realça que não se pode “sob mera interpretação, equiparar a função do Senado Federal, no controle concreto e difuso de constitucionalidade, a um mero Diário Oficial. É que a interpretação restritiva, para não dizer anulante, da competência constitucionalmente assegurada ao Senado Federal pelo art. 52, X, da CF/1988 é contrária à interpretação valorativa que se deve dar à Constituição” (MORAIS, Dalton Santos. Crítica à caracterização da atuação senatorial no controle concreto de constitucionalidade brasileiro como função de publicidade: a importância da jurisdição constitucional ordinária e os limites da mutação constitucional, In **Revista de processo**. n.º 176. Ano 34, outubro 2009, Revista dos Tribunais. p. 71-72).

²⁸⁰ “O envolvimento do Senado Federal parece-me, ademais – não apenas por qualquer apego a visões tradicionais da ‘separação de Poderes’-, ser uma fórmula que dosa, com engenho e razoabilidade, a prudência judicial com a prudência política, em uma via alternativa para a revogação de leis” (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. Considerações sobre a função do senado federal de suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo supremo tribunal federal. In **Revista de Informação Legislativa**. ano 44, n. 174, abr./jun. 2007. p. 21).

Ademais, conforme se verá adiante, a demora na edição da resolução senatorial, aliada à autonomia entre as instâncias do controle de constitucionalidade, pode contribuir para o surgimento de decisões conflitantes, com sérios riscos para a segurança jurídica.

Capítulo II. CONTENCIOSO CONSTITUCIONAL, PARTICIPAÇÃO DE *AMICUS CURIAE* E A PLURALIZAÇÃO DO DEBATE DIANTE DOS INFLUXOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO.

2.1. O percurso evolutivo do instituto do “*amicus curiae*”, os processos *objetivos* e a abertura para manifestação de “outros órgãos e entidades”.

2.1.1. As origens e o percurso evolutivo do instituto do *amicus curiae*.

a) O surgimento no direito inglês.

Alguns setores da doutrina identificam a origem remota²⁸¹ do instituto do *amicus curiae* (“amigo da corte”, na perspectiva de uma tradução “livre”), apontando para determinado fato histórico ocorrido em 1686, quando uma Corte inglesa consultou Sir. George Treby que, na condição de membro do Parlamento britânico, acompanhou o desenrolar de certos trabalhos legislativos²⁸². Desse modo, o parlamentar foi “instado” a prestar informações à Corte relativamente ao conteúdo dos debates parlamentares, como forma de auxiliar na interpretação do caso *sub judice*.

A conformação e o desenvolvimento do instituto delineados pelo direito inglês devem-se, ao que tudo indica, a uma peculiaridade do sistema da *commow law*, “que assegura grande liberdade aos litigantes para conduzir o processo em todos os seus sentidos de acordo com a sua própria vontade e ‘estratégias’”²⁸³.

A partir de suas primeiras manifestações no direito inglês ficou assentado que os tribunais britânicos possuíam ampla liberdade (*discretion*) para admitir a participação do *amicus* e, conseqüentemente, definir as possibilidades de sua

²⁸¹ Alguns autores identificam a origem remota do instituto no contexto do direito romano: “A figura do *amicus curiae* remonta ao direito romano. Os ‘amigos da Corte’ proviam os julgadores de informações jurídicas que estivessem além do nível de *expertise* do tribunal, por meio, sobretudo, de pareceres escritos, que não dispunham de caráter vinculante. O *amicus curiae* não era parte no litígio, servindo, originalmente como assistente neutro da Corte, para suprir-lhe dúvidas ou corrigir-lhe equívocos” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Ob. Cit., p. 217).

²⁸² Vide, neste sentido: BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006.

²⁸³ BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. Cit., p. 92.

atuação concreta. Com a formatação originária do instituto²⁸⁴, objetivava-se, assim, chamar a atenção dos julgadores para certas questões e(ou) nuances do problema que poderiam escapar-lhes ao conhecimento. Um memorial de *amicus curiae* era produzido, dessa forma, com vistas a auxiliar a Corte para que esta pudesse proferir uma decisão mais acertada, coadunada com os reflexos de determinada tese jurídica no tocante aos interesses públicos e(ou) privados de “grupos”, “categorias” ou “classes” de terceiros afetados²⁸⁵.

Trata-se, então, da possibilidade de aceitar a manifestação de (des)interessados capazes de prestar informações *qualitativas* acerca do substrato fático e(ou) dos reflexos das questões jurídicas versadas no contencioso constitucional, alavancando o universo *cognitivo* da Corte²⁸⁶.

Destarte, no contexto do direito inglês, até o início do século XVIII, a participação desses agentes era norteadada por uma certa *neutralidade*, sendo que, a partir de então, passam a desempenhar indisfarçável defesa de interesses versados no litígio²⁸⁷. Com efeito, seja no direito inglês, seja no âmbito da justiça norte-americana, “o instituto passou gradativamente a deixar de ser instrumento de um terceiro desinteressado, para assumir uma função mais comprometida”²⁸⁸. Foi constatado, dessa maneira, um abandono paulatino da *neutralidade* originária em

²⁸⁴ “Portanto, historicamente, o instituto parece ter surgido como uma forma de auxílio à corte no esclarecimento de questões fáticas e de direito, sem a manifestação de nenhum interesse próprio do interveniente. Por conta de sua flexibilidade, evoluiu por obra da jurisprudência, passando a representar também um instrumento disponível ao terceiro para defender-se da intenção fraudulenta e colusiva das partes. Mas, frise-se, não abandonou sua função informativa, porquanto também o *amicus curiae* participava de feitos em benefício somente da corte” (DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. **Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional**, Curitiba: Juruá, 2007. p. 26-27).

²⁸⁵ Vide, nesse particular: GIFIS, Steven H. **Law dictionary**. Barron's Educational Series, Inc., 1975, p. 11-12.

²⁸⁶ “O *amicus curiae* garante voz ativa a um universo de interessados que extrapola exponencialmente os limites subjetivos dos atores tradicionais do processo judicial. Opera em benefício do aprofundamento do campo de informações necessárias para uma decisão mais segura, porque mais atenta à multiplicidade de matizes das circunstâncias relevantes” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Ob. cit., p. 217).

²⁸⁷ “No direito anglo-saxão, onde a figura do *amicus curiae* foi recebida com mais ímpeto, a neutralidade também marcou esses agentes até o início do século XVIII. A partir daí, porém, entrou a desempenhar papel de indisfarçada defesa de um dos interesses em litígio” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Ob. Cit., p. 217).

²⁸⁸ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. Ob. Cit., p. 27.

prol de uma função mais parcial e comprometida norteando a atuação dos *amici curiae*²⁸⁹.

b) O desenrolar do instituto no cenário norte-americano.

Em 1812, o instituto apareceu pela 1ª (primeira) vez no direito norte-americano no caso “The Schooner Exchange vs McFadden”, no qual o “Attorney General” dos EUA (com funções análogas ao do Procurador-Geral da República brasileiro) foi admitido para externar sua opinião a respeito da matéria objeto de julgamento, que versava sobre questões de marinha²⁹⁰.

Pode-se dizer, portanto, que a partir de determinado quadrante histórico, a jurisprudência americana passou a admitir intervenção de “amicus” particulares para tutela de interesses *privados*. Com efeito, consoante Cassio Scarpinella BUENO, na década de 1930 era comum se falar em intervenções de “*amicis corporativos*” a tal ponto que, com a proliferação dessas manifestações, por meio da Rule 27, a Suprema Corte norte-americana passou a exigir o *prévio* consentimento de uma das partes originárias da demanda a respeito da intervenção pretendida. Porém, nunca se negou a possibilidade de o *amicus* requerer intervenção diretamente à Corte, o que, via de regra, acabava sendo admitido. O critério em questão não se aplicava aos *entes governamentais* que eram dispensados da prévia concordância das partes, visto que, por suposição, representavam o “interesse público”²⁹¹.

É de se registrar, assim, que a doutrina e jurisprudência norte-americanas reconhecem a existência de dois grandes grupos de *amicus curiae*: os “*amici*

²⁸⁹ De acordo com Samuel KRISLOV, a figura do amigo da corte, “neutro” e “imparcial” cedeu espaço à figura do *litigant amicus* (KRISLOV, Samuel. The amicus curiae, Brief: from friendschip do advocacy. In *The Yale Law Journal*, v. 72, 1963, p. 695-791). Ainda nesse estudo de Samuel KRISLOV, faz-se alusão a uma outra faceta do *amicus curiae*, vale dizer, o seu emprego em processos *colusivos*, informação esta corroborada por Carlos Gustavo Rodrigues DEL PRÁ (DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. Ob. Cit., p. 186).

²⁹⁰ CRISCUOLI, Giovanni. Amicus curiae. In *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Ano XXVII, n.º 1, Milano: Griuffrè, 1973. pp. 187/216.

²⁹¹ BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. Cit., p. 94.

governamentais”²⁹² e os “*amici privados*” (ou particulares). Conforme assinalado por Cassio Scarpinella BUENO, a distinção é pertinente porque ao primeiro “grupo” são atribuídas maiores prerrogativas de atuação em juízo; os “*amici privados*”, por seu turno, dispõem de poderes mais tênues em relação ao seu agir.

Em 1997, diante do número crescente de intervenções e pedidos de habilitações de *amici curiae*, a Suprema Corte reformulou a regra 37 de forma a restringir as possibilidades de entregas de memoriais por parte destes, “passando-se a se exigir que o *amicus* obtivesse a autorização escrita de todas as partes envolvidas no processo, bem como indicasse em qual extensão a parte apoiada pelo *amicus* endossaria o conteúdo do memorial apresentado. Além disso, estabeleceu-se que o *amicus curiae* deveria indicar todas as fontes financeiras que colaboraram na elaboração da peça”²⁹³.

Deste modo, na esfera da Suprema Corte dos EUA, a atuação de *amici curiae* é regulada pelos parâmetros da Rule n.º 37 do Regimento Interno da Corte - *Brief for an Amicus Curiae*²⁹⁴. Nesse contexto, “os *amici curiae* poderão entregar dois

²⁹² Com efeito, as primeiras manifestações de *amicus curiae* perante a Suprema Corte amoldam-se na figura de *amici* governamentais: “As primeiras figuras que tiveram uma forte atuação como *amicus curiae* perante a Suprema Corte foram: os EUA, seguido pelos Estados da Federação, já na última metade do século XIX. Posteriormente as agências reguladoras fizeram-se presentes, assim como os segmentos altamente regulados. No final do século XIX, os grupos de interesses privados começaram a participar como amigos da corte, seguidos dos comitês e companhias rivais. Os grupos financeiros e as associações tornaram-se ativos mais tarde, no início do século XX. O ano de 1925 marca a primeira vez em que o Congresso se manifestou como *amicus curiae*, a requerimento da Suprema Corte” (MEDINA, Damares. Ob. Cit., p. 55). E, de acordo com Cassio S. BUENO, “os poderes dos *amici* governamentais são mais amplos do que os poderes dos *amici* privados, e isso se justifica pelo tipo de interesse – no sentido de *móvel*, isso é, de intenção – que justifica a intervenção de uns e de outros. A imparcialidade que se aloca, por definição (*in re ipsa*), nas entidades governamentais acarreta, na doutrina e na jurisprudência norte-americanas, maior confiabilidade no reconhecimento de mais amplos poderes nas mãos daqueles intervenientes. Pelo menos em tese, elas atuam (devem atuar) de acordo com um interesse público. O mesmo não se dá, justamente pela sua origem, em meio à sociedade, com os *amici* privados” (BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. Cit., p. 517).

²⁹³ MEDINA, Damares. Ob. Cit., p. 58.

²⁹⁴ “**Rule 37. Brief for an Amicus Curiae.** An *amicus curiae* brief that brings to the attention of the Court relevant matter not already brought to its attention by the parties may be of considerable help to the Court. An *amicus curiae* brief that does not serve this purpose burdens the Court, and its filing is not favored. An *amicus curiae* brief may be filed only by an attorney admitted to practice before this Court as provided in Rule 5. (a) An *amicus curiae* brief submitted before the Court’s consideration of a petition for a writ of certiorari, motion for leave to file a bill of complaint, jurisdictional statement, or petition for an extraordinary writ may be filed if accompanied by the written consent of all parties, or if the Court grants leave to file under subparagraph 2(b) of this Rule. An *amicus curiae* brief in support of a petitioner or appellant shall be filed within 30 days after the case is placed on the docket or a response is called for by the Court, whichever is later, and that time will not be extended. (...)” (“Art. 37. Informações sobre Amicus Curiae. Um *amicus curiae* que leva à atenção do Tribunal uma questão relevante ainda não submetida à apreciação pelas partes pode ser uma considerável ajuda para o

memoriais: um antes e outro depois de o *writ* ser conhecido. Pode, ainda, ser permitida a entrega de mais um memorial especificamente por ocasião da sustentação oral²⁹⁵. Além disso, no sistema atual da Suprema Corte americana, admite-se o oferecimento de memoriais *suplementares* (*supplementary briefs*), que podem ser entregues a qualquer momento enquanto o recurso estiver pendente de julgamento²⁹⁶.

De acordo com dados estatísticos da Suprema Corte dos EUA transcritos por Cassio Scarpinella BUENO, entre 1970 e 1980, em 53,4% (cinquenta e três inteiros e quatro décimos percentuais) de todos os casos não comerciais pendentes de julgamento, observou-se a presença ou o pedido de intervenção de *amicus*²⁹⁷. Entre os anos de 1993 e 1995, tal ocorrência alcançou 89% (oitenta e nove por cento) dos casos submetidos ao julgamento daquela Corte. Finalmente, no ano judiciário de 1998/1999, tal fenômeno estendeu-se em 95% (noventa e cinco por cento) dos

Tribunal. Um *amicus curiae* que não serve a esse propósito sobrecarrega o Tribunal, e sua apresentação não é favorecida. A prática do *amicus curiae* pode ser exercida apenas por um advogado admitido perante esta Corte, conforme previsto no artigo 5. [a] Um *amicus curiae* apresentado antes da apreciação pelo Tribunal de Justiça, uma petição para um 'writ of certiorari', com o intuito de apresentar um projeto de denúncia de inconstitucionalidade, declaração de incompetência, ou pedido de um writ extraordinário pode ser preenchido se for acompanhado de autorização por escrito de todas as partes, ou se o Tribunal concede licença para tal participação como no parágrafo 2 [b] do presente artigo. *Amicus curiae* em apoio de um requerente ou recorrente deve ser apresentado no prazo de 30 dias após o caso em questão ser colocado na súmula ou uma resposta for solicitada pelo Tribunal de Justiça, consoante o que for mais tarde, e tal prazo não será prorrogado. [...]").

²⁹⁵ MEDINA, Damares. Ob. Cit., p. 63.

²⁹⁶ "Entretanto, a corte é extremamente rigorosa no recebimento desses memoriais, apenas admitindo-os em razão de fatos supervenientes que possam repercutir diretamente na solução do caso. Os memoriais suplementares também poderão ser excepcionalmente utilizados para responder aos memoriais dos *amici curiae*, quando estes são entregues fora do prazo hábil para oferecer os memoriais de resposta. De acordo com a regra 37.3 (a) da Suprema Corte dos EUA, os *amici curiae* são expressamente proibidos de entregar memoriais de resposta, bem como de se manifestar novamente, no caso de recurso apresentado em face da decisão que não conheceu do writ (*petition of rehearing*)" (MEDINA, Damares. Ob. Cit., p. 64).

²⁹⁷ "Esta última práctica, muy difundida en Estados Unidos, consiste en la presentación de alegatos que complementan a los ya presentados por las partes. Estos escritos (*amicus*) se introducen una vez que son admitidos por el tribunal, y suelen tener normalmente un peso importante. Redactados muchas veces por personalidades o grupos de conocida trayectoria, contribuyen a inclinar al tribunal hacia ciertos resultados, mediante la influencia de nuevos argumentos otorgados por personas o instituciones de reconocida seriedad y trayectoria. En Estados Unidos, por ejemplo (y excluyendo los caos 'mercantis'), el 53% de los casos decididos por la Corte Suprema entre 1979 y 1980 incluyeron, ao menos, un escrito de *amicus*" (GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente ao gobierno: sobre o caráter contramayoritario del poder judicial**. Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 1996. p. 107).

processos submetidos à apreciação da mais alta corte de Justiça americana²⁹⁸. Há que se aceitar que os números em questão corroboram a projeção alcançada pelo instituto no âmbito dos Tribunais norte-americanos, bem como a possível capacidade de influenciar o resultado do julgamento a ser proferido pela Corte, razão pela qual o assunto tem ocupado lugar de destaque nos debates acadêmicos²⁹⁹.

Com efeito, a influência das manifestações de *amici curiae* perante a Suprema Corte dos EUA foi objeto de investigação por COLLINS, que buscou ainda aquilatar quais grupos de interesse teriam maior capacidade de persuasão³⁰⁰. Para Damares MEDINA, o exame da influência e da projeção de *amicus curiae* pode ser aferido, pelo aspecto paradigmático, a partir do julgamento do caso *Webster vs. Reproductive Health Services* (492 US.490, 1989), no qual se pretendeu a revisão

²⁹⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. Cit., p. 107.

²⁹⁹ Com efeito, Damares MEDINA faz menção ao estudo de KEARNEY e MERRIL acerca da atuação de *amici curiae* perante a Suprema Corte norte-americana: "Em pesquisa exaustiva, que analisou a atuação dos *amici curiae* perante a Suprema Corte dos EUA nos últimos 50 anos, KEARNEY e MERRIL utilizaram vários métodos para aferir a influência de *amici curiae*. Entre os anos de 1946 e 1955 foram entregues 531 memoriais de *amici curiae*. Entre 1986 e 1995 esse número cresceu para 4.907, representando um aumento de mais de 800%. A receptividade, pela comunidade legal, da utilidade dos memoriais de *amici curiae* varia radicalmente. Existem vários estudos quantitativos que buscaram demonstrar o impacto dos memoriais de *amicus curiae* na Suprema Corte, mas as suas conclusões foram inconsistentes. Outro critério utilizado foi a quantificação da citação dos memoriais nas decisões da Suprema Corte: em 15% das decisões foi citado o nome de pelo menos um *amicus curiae* e em 37% dos casos foi citado pelo menos um memorial de *amicus curiae*. Identificou-se, ainda, uma tendência crescente de citação e referência dos memoriais dos *amici* pela Corte. Constatou-se que os *amici* parecem ser mais eficazes quando seus memoriais são partidários e apóiam um dos lados em juízo. Essa constatação é referendada por SPRIGGS e WAHLBECK que notam, ainda, a maior efetividade dos memoriais de *amici* quando eles reiteram os argumentos da parte e oferecem novas informações" (MEDINA, Damares. Ob. Cit., p. 56).

³⁰⁰ COLLINS JR., Phillip. Friends of the Court: examining the influence of *amicus curiae* participation in US Supreme Court Litigation. *In Law and Society Review*, v. 38, 2004, p 807-821.

da jurisprudência assentada no célebre caso *Roe vs. Wade* (410 US.113, 1973)³⁰¹. Assim, em *Webster vs. Reproductive Health Services*, a discussão girou em torno da constitucionalidade de diploma legal do Estado de Missouri, que continha restrições públicas para a realização ou assistência ao aborto (exceto nas situações envolvendo risco de vida da mãe). Visando diminuir a incidência do aborto, a lei de Missouri impedia o emprego e(ou) aplicação de fundos e recursos públicos, funcionários e hospitais da rede pública, os quais não poderiam encorajar ou aconselhar mulheres que desejassem abortar. Dessa forma, o caso desdobrou duas vertentes de seguidores: (i) os grupos *pró-vida* (*pro-life*), e (ii) *pró-escolha* (*pro-choice*)³⁰². Cabe observar que, nesse caso específico, o grande número de memoriais entregues por *amici* permite compreender como o debate público

³⁰¹ “A história de *Roe* é igualmente complexa. O que aconteceu com a segregação racial, aconteceu com leis restritivas sobre aborto e, também, com a discriminação baseada em sexo de forma mais ampla: no início da década de 1970, um movimento político significativo havia começado a promover uma certa erosão legislativa em leis restritivas sobre o aborto. O sucesso final do movimento não foi garantido, contudo, porque suas conquistas iniciais começaram a gerar oposição substancial. A decisão da Suprema Corte em *Roe* estendeu essas primeiras iniciativas legislativas por toda a nação e as protegeu contra ab-rogação. Um cético pode notar, contudo, duas características do caso *Roe*. Este veio a ser interpretado como uma decisão fundamentalmente liberal. Isto é, significou que governos não poderiam interferir em escolhas privadas de mulheres e fornecedores de serviços de aborto. A Suprema Corte, assim, logo decidiu que o governo não tinha qualquer obrigação em fornecer serviços de aborto para mulheres que não podiam arcar com suas despesas. Como enfatizou Gerald Rosenberg, a linha de casos de aborto tornou os serviços de aborto uma mercadoria comum. Nem todos os direitos humanos fundamentais podem ser prontamente tratados como mercadoria e mesmo o direito de escolher, na opinião de algumas, exige apoios sociais que a norma constitucional norte-americana não fornece” (TUSHNET, Mark. Ceticismo sobre o judicial review: uma perspectiva dos Estados Unidos. *In Limites do controle de constitucionalidade* / Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (Org), Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009. p. 228-229).

³⁰² “O caso demonstrou a importância do interesse dos grupos organizados ao congregar mais de 400 organizações e milhares de assinaturas individuais nos 78 memoriais entregues pelos *amici curiae*. Outro aspecto relevante nesse caso foi a estratégia de entrega de memoriais adotada pelos *amici curiae* que apoiavam os dois lados da controvérsia. Os apelantes eram a favor da lei do Missouri e da revisão da jurisprudência assentada em *Roe vs. Wade*. Os apelados, por sua vez, eram contra a lei do Missouri e pela manutenção do precedente em *Roe vs. Wade*. As duas partes e os grupos de interesses que cada uma delas aglutinou ficariam conhecidos como o grupo *pró-vida* (*pro-life*) e *pró-escolha* (*pro-choice*), respectivamente. Em 1988, com o anúncio de que o *Justice* Anthony Kennedy ocuparia a vaga do *Justice* Lewis Powell, a matéria parecia madura para um novo enfrentamento, com a possível revisão do posicionamento da Suprema Corte sobre o aborto e a superação de *Roe vs. Wade*” (MEDINA, Damares. Ob. Cit., p. 70).

envolvendo a questão do aborto foi transplantado para a *arena legal*³⁰³. Os estudos e as pesquisas até então realizados indicavam que o *número* de memoriais influenciava mais que o *número* de entidades subscritoras de uma *única* peça; porém, as estratégias adotadas pelos grupos antagonistas na questão do aborto permitiram colocar em discussão este tipo de assertiva³⁰⁴.

c) A experiência de outros países e das organizações internacionais.

Na Argentina, o instituto foi concebido e norteado a partir de determinadas circunstâncias concretas e condicionantes históricos específicos. Com efeito, em 27.04.1995, dois organismos internacionais de defesa de direitos humanos solicitaram intervenção em um feito que estava tramitando na Câmara Federal Criminal e Correccional de Buenos Aires. Cuidava-se aí da discussão de fatos

³⁰³ “Os *amici* que apoiavam os apelantes, grupo pró-vida, entregaram ao todo 46 memoriais, subscritos por 85 organizações e cinco indivíduos. Já os *amici* que apoiavam os apelados, grupo pró-escolha, entregaram ao todo 32 memoriais que, entretanto, representavam 335 organizações. Essa configuração mostra que os *amici* do grupo pró-vida escolheram uma estratégia de entrega de memoriais bem distinta da adotada pelos *amici* do grupo pró-escolha. Enquanto o grupo pró-vida pulverizou o número de organizações por memorial, de forma a entregar o maior número possível de manifestações (46); o grupo pró-escolha buscou o maior número possível de apoio e adesões, aglutinando-as no menor número de memoriais (32). O grupo pró-vida adotou a estratégia da hipótese informacional, que busca oferecer o maior número possível de alternativas interpretativas, independentemente do número de grupos de interesses que representavam. Esse grupo apostou no impacto que um número massivo de memoriais poderia causar na Suprema Corte. O grupo pró-escolha partiu da estratégia dos grupos afetados, baseada na prevalência do princípio democrático, ao demonstrar que os seus memoriais eram endossados por 335 organizações” (MEDINA, Damares. Ob. Cit., p. 70-71).

³⁰⁴ “Os estudos indicavam que o número de memoriais influenciava mais a corte que o número de entidades que subscreviam um único memorial (hipótese informacional). Esse dado parecia indicar a impermeabilidade da Suprema Corte às pressões da opinião pública. Contudo, o grupo pró-escolha partia da ideia de que havia um número finito de argumentos e de que não seria bom sobrecarregar a corte com um número excessivo de memoriais repetitivos. Em ambos os grupos, todos os memoriais entregues pelos *amici* apresentavam variações de três linhas de argumentação sobre o tema do aborto: memoriais de endosso da parte, que repetiam os seus argumentos ou apresentavam reforço à tese mediante o aprofundamento de um argumento específico: memoriais técnicos, que ofereciam à corte conhecimento especializado sobre o que era predominantemente na ciência não legal; e, por fim, os memoriais que assumiam o risco de argumentos polêmicos e controversos, cuja defesa não seria conveniente para as partes do processo (*risk-takers* – esses memoriais articularam os argumentos de ordem religiosa e de grande apelo emocional). Juntos, esses três tipos de memoriais, ao mesmo tempo em que ofereceram à Suprema Corte uma infinidade de informações sobre o aborto, indicavam a grande complexidade política do tema. Nenhuma das partes saiu inteiramente vencedora ou perdedora. Apesar de a maioria dos juízes ter votado pela constitucionalidade da lei do Missouri (o que indica a vitória do grupo pró-vida), o precedente firmado em *Roe vs Wade* não foi revisto (o que foi uma importante conquista do grupo pró-escolha). Memoriais de *amici* que apoiavam ambos os lados foram citados nas decisões dos juízes – especialmente os de conteúdo técnico – e vários dos argumentos trazidos apenas pelos *amici* serviram de fundamento para alguns posicionamentos” (MEDINA, Damares. Ob. Cit., p. 71-72).

ocorridos na *Escuela de Mecánica de la Armada*, cuja preocupação precípua consistia na demonstração da ocorrência de crimes contra a humanidade e discussão correlata acerca do paradeiro das vítimas³⁰⁵. A partir da repercussão deste caso, em 28.06.1995, foi editada a Lei argentina n.º 24.488, responsável por conferir legitimação para o *Ministerio de Relaciones Exteriores* ingressar como “amigo del tribunal” em determinados feitos específicos (demandas contra um Estado estrangeiro). Em 2000, surgiu a Lei argentina n.º 402, regulamentando os procedimentos do Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, com a criação da figura do “assistente oficioso”³⁰⁶. Desse modo, é de se concluir que, na experiência argentina, a participação do *amicus curiae* assumiu muito mais os contornos de uma forma de “fiscalização” e “controle” da função jurisdicional³⁰⁷ do que propriamente um instrumento disponibilizado para suprir eventuais deficiências do conjunto probatório. E, entendendo que a regulamentação da matéria era, de fato, importante, a Corte Suprema de Justiça da Nação editou, em 14.07.2004, o Acórdão n.º 28 (Acordada 28/2004³⁰⁸) autorizando a participação de terceiros na qualidade de *amicus curiae* (“amigo del tribunal”). Portanto, de acordo com Carlos Gustavo Rodrigues DEL PRÁ, a autorização em prol da participação do *amicus curiae* no direito portenho pode ser justificada como decorrência da própria estrutura do

³⁰⁵ “Pretendiam os organismos internacionais demonstrar que os fatos ocorridos representavam crime contra a humanidade, e apontar a contínua responsabilidade do Estado em informar as famílias sobre os paraderos dos desaparecidos, ou de seus restos mortais, ainda que sobre esses fatos pairassem dúvidas. O pedido foi deferido em 18.05.1995, por maioria” (DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. Ob. Cit., p. 36).

³⁰⁶ “Art. 22. *Cualquier persona, puede presentar-se en el proceso en calidad de asistente oficioso, hasta diez (10) días antes de la fecha de celebración de la audiencia. En la presentación deberá constituir domicilio en la jurisdicción. Su participación se limita a expresar una opinión fundamentada sobre el tema en debate*” (sem grifos no original).

³⁰⁷ Com efeito, “na Argentina ele revelou-se também de extrema importância para a democratização do processo, porquanto possibilitou a participação de organismos não só em benefício da própria corte, mas sobretudo em exercício de um direito de ativa participação democrática (...) Ademais, há evidente identificação da figura como uma efetiva forma de participação ativa e voluntária dos cidadãos nestas causas, e não apenas como uma faculdade do juiz de suprir as eventuais deficiências nas questões de cuja solução depende a prolação da sentença” (DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. Ob. Cit., p. 37-43).

Estado argentino, com a observância do “principio de la soberania del pueblo y de la forma republicana de gobierno”³⁰⁹, com ênfase no papel *participativo* dos cidadãos.

Além disso, torna-se oportuno o exame do instituto nos quadrantes do direito italiano, no qual aquele é considerado instrumento de “busca da verdade”³¹⁰. Ou seja, além da regulamentação da matéria no âmbito do CPC italiano, com a permissividade para o juiz socorrer-se de algum *expert* em determinada arte (ofício) ou profissão, tem-se ainda a regulamentação para a manifestação de terceiros nos julgamentos que venham a ocorrer perante a Corte Constitucional italiana. Com efeito, no sistema italiano, o controle de constitucionalidade pode ocorrer de forma incidental, e é nesse *incidente* que se observa “evolução jurisprudencial quanto à admissão do *amicus curiae* fundamentando-se tal admissibilidade nas mesmas razões que dominam o instituto no direito norte-americano”³¹¹.

No Canadá, “a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* é expressamente prevista na *Rule 92* das *Rules of the Supreme Court of Canada*. De acordo com a regra, ‘The Court or a judge may appoint an *amicus curiae* in an appeal’”³¹². Mais recentemente, após constatar intenso uso desse expediente, a Suprema Corte canadense passou a exigir que os interessados em se habilitar na

³⁰⁸ “Art. 1º. Las personas físicas o jurídicas que no fueran parte en el pleito, pueden presentarse ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en calidad de Amigo del Tribunal, en todos los procesos judiciales correspondientes a lo competencia originaria o apelada en los que se debatan cuestiones de trascendencia colectiva o interés general. La presentación deberá ser realizada con la única finalidad de expresar una opinión fundada sobre el objeto del litigio, dentro de los quince días hábiles del llamado de autos para sentencia”.

³⁰⁹ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. Ob. Cit., p. 43.

³¹⁰ “Nessa esteira, a doutrina italiana vem reconhecendo a possibilidade, em tese, da participação do *amicus curiae*, sob o argumento similar ao adotado pela doutrina e pela jurisprudência francesas. Ou seja, a amortização seria embasada, por exemplo, no disposto no art. 68, 1º, do Código de Processo Civil italiano, que dispõe sobre a faculdade do juiz de servir-se, quando entender necessário, de outras pessoas ‘*esperti in una determinata arte o professione*’. O móvel da admissão do *amicus curiae* seria, portanto, o reconhecimento da necessidade de o juiz valer-se de outras informações, que não somente as fornecidas pelas partes, para o proferimento da decisão” (DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. Ob. Cit., p. 35).

³¹¹ BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. Cit., p. 115.

³¹² BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. Cit., p. 108.

qualidade de *amicus* devem oferecer argumentos *inovadores*, ainda não deduzidos pelas partes originárias do feito³¹³.

Ademais, Damaris MEDINA registra ainda a participação de *amici curiae* na Austrália³¹⁴, cuja Corte Suprema daquele país se mostrou bastante avessa à atuação do instituto. Ainda assim, a matéria passou a ser contemplada na Order 11 Rule 22 e na Order 17 Rule 1 daquele país.

Por fim, alguns acordos e tratados internacionais que regulam o funcionamento das instâncias jurisdicionais supranacionais também contemplam a abertura para as manifestações de órgãos ou entidades interessadas em certos julgamentos, com funções análogas ao papel do *amicus curiae*. Com efeito, o Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, criada pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), contempla, em seu art. 45, alínea “3”, a possibilidade de adoção de “medidas de instrução *ex officio*”, com a autorização para a Corte “solicitar a qualquer entidade, escritório, órgão ou autoridade de sua escolha que obtenha informação, que expresse uma opinião ou elabore um relatório ou parecer sobre um determinado item”³¹⁵. Apesar

³¹³ “No **Canadá**, a intervenção do *amicus curiae* foi marcada por três períodos, desde a introdução da Carta Canadense de Direitos e Liberdades de 1982. No primeiro período, entre 1982 e 1987, a Suprema Corte não se mostrou receptiva à intervenção de grupos representativos de interesses públicos, o que foi alvo de inúmeras críticas, especialmente no tocante à ausência de definições dos critérios utilizados pelo tribunal para permitir ou negar o ingresso do *amicus curiae*. O segundo período, de 1987 a 1999, foi marcado por uma postura extremamente liberal da Suprema Corte do Canadá, que culminou com uma emenda ao seu regimento para assegurar uma participação mais ampla dos interesses públicos organizados. À exceção das questões constitucionais nas quais o *Attorneys General* do Canadá e das províncias possuam o direito automático de intervir, o ingresso do *amicus* dependia inteiramente do juízo discricionário do juiz. O terceiro período, ainda em curso, iniciou-se em meados de 1999 e pode ser caracterizado pela reação da corte ao excessivo número de *amicus curiae*, mediante a adoção de uma postura mais cautelosa. Como parte desse novo movimento, a Suprema Corte do Canadá passou a exigir que os *amici* demonstrassem objetivamente a adução de argumentos inovadores, ainda não deduzidos pelas partes” (MEDINA, Damares. Ob. Cit., p. 49).

³¹⁴ “Ao contrário do que ocorre nas demais supremas cortes, a Alta Corte da **Austrália** sempre foi avessa ao *amicus curiae*, negando frequentemente os pedidos de ingresso. Contudo, apesar dessa postura fechada, o número de pedidos de ingresso vem crescendo desde 1990” (MEDINA, Damares. Ob. Cit., p. 48-49).

³¹⁵ Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (aprovado pela Corte no seu XLIX período ordinário de sessões, celebrado do dia 16 a 25 de novembro de 2000, e reformado parcialmente pela Corte em seu LXI período ordinário de sessões celebrado do dia 20 de novembro a 4 de dezembro de 2003): (...) Artigo 45. Medidas de instrução *ex officio*. A Corte poderá, em qualquer fase da causa: 1. Instruir-se, *ex officio*, com toda prova que considere útil. De modo particular, poderá ouvir, na qualidade de testemunha, de perito ou por outro título, a qualquer pessoa cujo testemunho, declaração ou opinião considere pertinente. 2. Requerer das partes o fornecimento de alguma prova que esteja ao alcance das mesmas ou de explicação ou declaração que, em seu entender, possa ser

da ênfase à requisição de informações (viés *passivo*), tem-se aceitado também a participação *voluntária* de terceiros nos procedimentos afetos àquela Corte (viés *ativo*)³¹⁶.

Da mesma forma, Carlos Gustavo Rodrigues DEL PRÁ identifica ainda o fenômeno dos amigos da Corte nos conflitos e painéis de negociação submetidos à apreciação da Organização Mundial do Comércio (OMC)³¹⁷, os quais se baseiam na regra do art. 13 do DSU, dispositivo este que permite a requisição de informações e(ou) pareceres técnicos³¹⁸. Nesse particular, interessante o cenário traçado por

útil. 3. Solicitar a qualquer entidade, escritório, órgão ou autoridade de sua escolha que obtenha informação, que expresse uma opinião ou elabore um relatório ou parecer sobre um determinado item. Enquanto a Corte não o autorizar, os respectivos documentos não serão publicados. 4. Encarregar a um ou a vários de seus membros a realizar qualquer medida de instrução, incluindo audiências de recebimento de prova, seja na sede da Corte ou fora desta" (fonte: <http://www.corteidh.or.cr/regulamento.pdf>).

³¹⁶ "Nessa função, muito embora os dispositivos se refiram mais à participação do *amicus curiae* em seu aspecto passivo, ou seja, por requisição do juízo, o aspecto mais democrático do instituto, que é o referente à participação voluntária de terceiros no procedimento, também passa a ser admitido pela tendência liberal da Corte, assim como de outras instâncias internacionais de proteção aos direitos humanos. Aliás, essa tendência liberal reflete outro princípio vigente, que é o da prevalência da defesa dos direitos humanos. Ou seja, maior ênfase há que se dar ao resultado do que ao procedimento. A autorização da participação desse terceiro, ademais, revela-se muito mais que mero instrumento de informação à disposição do juiz, mas principalmente deve representar o reconhecimento dos direitos de relevância global. De fato, violações a direitos humanos rompem as barreiras territoriais e atingem toda humanidade. Essa abrangência justifica, pois, maior controle a ser autorizado nessas instâncias internacionais" (DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. Ob. Cit., p. 46).

³¹⁷ "Sopesados os argumentos referidos, a doutrina e a jurisprudência têm-se inclinado pela aceitação da figura do *amicus curiae* no âmbito das disputas perante a OMC. A divergência parece persistir no que se refere ao âmbito dessa participação: enquanto há quem afirme que o *amicus curiae* somente pode agir no nível do *panel*, e não do *Appellate Body*, outro entendimento defende a participação em ambos os níveis, limitada, entretanto, a manifestação do *amicus curiae* no *Appellate Body* aos aspectos jurídicos, e, pois, vedada aqui a discussão de material fático. De qualquer forma, podemos concluir que a feição do instituto do *amicus curiae* na OMC tem as seguintes características: é admitida para auxílio do julgador na construção de melhor decisão, mas também como forma de legitimar a participação de terceiros em questões de maior transcendência; presta-se tanto para o fornecimento de material fático como jurídico" (DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. Ob. Cit., p. 48-49).

³¹⁸ "URUGUAY ROUND AGREEMENT - Annex 2 - Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes: Article 13: Right to Seek Information 1. Each panel shall have the right to seek information and technical advice from any individual or body which it deems appropriate. However, before a panel seeks such information or advice from any individual or body within the jurisdiction of a Member it shall inform the authorities of that Member. A Member should respond promptly and fully to any request by a panel for such information as the panel considers necessary and appropriate. Confidential information which is provided shall not be revealed without formal authorization from the individual, body, or authorities of the Member providing the information. 2. Panels may seek information from any relevant source and may consult experts to obtain their opinion on certain aspects of the matter. With respect to a factual issue concerning a scientific or other technical matter raised by a party to a dispute, a panel may request an advisory report in writing from an expert review group. Rules for the establishment of such a group and its procedures are set forth in Appendix 4" (Tradução livre / Organização Mundial do Comércio - Rodada do Uruguai - Anexo 2 -

Josh ROBBINS acerca da atuação de *amici curiae* no cenário da Organização Mundial do Comércio³¹⁹. Com efeito, tem-se aí a desmitificação do perfil *neutro* de atuação de *amici* na esfera da OMC, destacando, com primazia, o caráter partidário das intervenções emanadas dos EUA, reveladoras de autêntico *lobby* na esfera dos procedimentos em trâmite naquela entidade.

Assim, o exame das diferentes matizes dos institutos análogos observados no direito comparado serve para aprofundar a importância do debate proporcionado pela participação de *amicus curiae*, justificando, deste modo, o cenário da discussão *qualificada* e, por via de consequência, a possibilidade de extensão do efeito vinculante na forma anunciada na exposição do problema-tese deste trabalho. No próximo tópico, dar-se-á ênfase ao exame do *amicus curiae* no cenário atinente à jurisdição constitucional brasileira.

2.1.2. *Amicus curiae* e a fiscalização de constitucionalidade no Brasil.

a) A participação de *amicus curiae* na fiscalização *abstrata* de constitucionalidade.

No sistema brasileiro, a fiscalização *abstrata* da compatibilidade de ato ou norma infraconstitucional é viabilizada por meio do emprego de um processo *objetivo*³²⁰, no qual não há a aferição direta de um conflito de interesses subjacente.

Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias: Artigo 13: Direito de obter informações. 1. Cada painel terá o direito de solicitar informações e pareceres técnicos de qualquer indivíduo ou organismo que considere adequado. No entanto, antes de pedir informações ou conselhos de qualquer pessoa ou entidade dentro da jurisdição de um Estado-Membro, devem ser informadas as autoridades desse Estado-Membro. Um Membro deve responder prontamente e completamente a qualquer solicitação por um painel de informação, tais como o painel considere necessárias e adequadas. As informações confidenciais fornecidas não serão reveladas sem autorização formal do indivíduo, corpo, ou das autoridades dos Estados-Membros que forneceram as informações. 2. Os painéis podem procurar informações de qualquer fonte relevante e poderão consultar peritos para obterem opinião sobre certos aspectos da questão. No que diz respeito a uma questão de fato relativa à matéria científica ou técnica levantada por uma das partes em litígio, o painel pode requerer um parecer feito por um grupo de peritos. Regras para a criação de tal grupo e seus procedimentos constam no Apêndice 4".

³¹⁹ ROBBINS, Josh. False friends: amicus curiae and procedural discretion in WTO appeals under the hot-rolled lead/asbestos doctrine. *In Harvard International Law Journal*, v. 44, 2003. p 317-329.

³²⁰ "A natureza objetiva do processo e a sua finalidade de tutelar a ordem jurídica abstratamente considerada determinam consequências procedimentais significativas. Relativamente a ele, 'em regra, não se deve reconhecer, como pauta usual de comportamento hermenêutico, a possibilidade de aplicação sistemática, em caráter supletivo, das normas concernentes aos processos de índole subjetiva, especialmente daquelas regras meramente legais que disciplinam intervenção de terceiros na relação processual'. Nele não se admite assistência ou litisconsórcio, salvo litisconsórcio ativo entre os próprios legitimados constitucionalmente a promover a ação, nem pedido de desistência" (ZAVASCKI, Teori Albino. Ob. Cit., p. 43).

Não se trata, *a priori*, de um processo “contraditório”, nos dizeres de CANOTILHO, no qual as partes litigam pela defesa de interesses subjetivos³²¹, mas, tão-somente, do meio qualificado para o exame da compatibilidade da lei ou ato normativo com os ditames da Constituição.

Aliás, tais assertivas não podem causar estranheza, pois, de acordo com Gilmar Ferreira MENDES, a constatação de um processo desprovido de “sujeitos” (na acepção *processual* do vocábulo) é norteadada pelo objetivo precípuo buscado pela cognição desempenhada; vale dizer, “não se destina, pela sua própria índole, à proteção de situações individuais ou de relações subjetivadas, mas visa, precipuamente, à defesa da ordem jurídica”³²².

Com efeito, ao se fazer menção a um processo sem “sujeitos”, deduz-se a vedação oblíqua à participação de terceiros, no âmbito deste tipo de relação processual. Contudo, o tema comporta contínua reflexão, já que o contencioso constitucional deve estar marcado por uma linha de contraditório *fluido*, pois no cenário nacional é possível visualizar a confrontação (velada ou não) de interesses *subjacentes* à declaração de inconstitucionalidade (ou, ao contrário, em defesa da constitucionalidade da norma jurídica)³²³, até mesmo pela projeção alcançada pelos julgados atuais do Supremo Tribunal Federal.

De qualquer sorte, partindo-se da premissa de que a modelagem traçada para o controle de constitucionalidade abstrato não admite o emprego das modalidades

³²¹ “Não obstante se ter falado de legitimidade processual activa e de legitimidade processual passiva, o processo abstracto de controle de normas não é um *processo contraditório*, no qual as partes ‘litigam’ pela defesa de direitos subjectivos ou pela aplicação de direito subjectivamente relevante. Trata-se, fundamentalmente, de um *processo objetivo* sem contraditores, embora os autores do acto normativo submetido a impugnação possam ser ouvidos (daí a utilidade de se falar em legitimidade processual passiva)” (CANOTILHO, J.J. Gomes. Ob. cit., p. 1007-1008).

³²² MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 250.

³²³ “Em todos os casos, ainda que não possamos aludir à tradicional contraposição individual e concreta de interesses jurídicos, haverá sempre interesses objetivamente opostos na declaração de validade ou de invalidade constitucional de determinada norma ou ato do poder público, sob pena até mesmo de confusão dos interesses jurídicos contrapostos. O reconhecimento desta contenciosidade no controle de constitucionalidade, em ambas as modalidades, bem como o carácter parcial do *amicus curiae* são, portanto, necessários para compreender o instituto em sua feição hodierna. O interesse direto na solução da controvérsia constitucional não deslegitima a intervenção do *amicus*, haja vista que a função informacional que ele exerce pode contribuir para o aperfeiçoamento do processo de tomada de decisão” (MEDINA, Damares. Ob. Cit., p. 89).

interventivas tradicionais³²⁴, cingindo-se à mera aferição em tese da compatibilidade de uma determinada norma com outra de índole superior, tem-se que aquele não é norteado pela investigação de interesses concretos. É tributária, portanto, desta *objetividade* do controle *abstrato* a vedação genérica à intervenção de terceiros nesta espécie de processo. Desta forma, não há espaço para manifestação de nenhuma das modalidades *interventivas* tradicionais no controle de constitucionalidade difuso-incidental.

Antes do advento do atual tratamento legal dispensado à matéria, o artigo 169, § 2º, do RI do STF vedava a intervenção *assistencial* nas representações por inconstitucionalidade. Oportuno registrar que o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal sempre foi compreendido com o *status* formal de lei, razão pela qual aplicava-se o entendimento de que a regra regimental *especial* afastava a incidência das normas gerais do Código de Processo Civil relacionadas com a intervenção de terceiros³²⁵.

No entanto, a questão passou a ser norteada pela regulamentação surgida no âmbito infraconstitucional, com notória ênfase ao contido no *caput* do art. 7º da Lei n.º 9.868/1999 que, seguindo a orientação *regimental* anterior da Corte, passou a dispor que “não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade”. Da mesma forma, o art. 18 do mesmo diploma legal passou a

³²⁴ Saliente-se, desde logo, que não há razão relevante para abordar, no curso deste trabalho, nenhuma das formas de intervenção de terceiros contempladas no Capítulo VI, do Título II, do Livro I do CPC, nem tampouco do instituto assinalado no art. 50 do mesmo Código, de sorte que as reminiscências ao tema dar-se-ão apenas com o propósito de assentar as conclusões encontradas.

prever que “não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação declaratória de constitucionalidade”.

Todavia, o § 2º, do art. 7º, daquele mesmo diploma legal contemplou certas formas de participação de eventuais interessados no contencioso constitucional, ao dispor que “o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

O dispositivo acima transcrito passou a ser compreendido como a *abertura* do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade para a manifestação de *amicus curiae*, até porque, antes mesmo da edição da Lei n.º 9.868/1999, o STF vinha admitindo a juntada de memoriais por parte de certos interessados no âmbito das ações diretas de inconstitucionalidade³²⁶. Dessa forma, é possível concluir que, no Brasil, o *amicus curiae* surgiu na esfera do STF “em resposta à vedação de participação de terceiros interessados no modelo concentrado de controle de constitucionalidade (ADI, ADC e ADPF)”³²⁷.

Com efeito, a partir dessas primeiras manifestações, o instituto cresceu em importância e ganhou projeção no cenário nacional. Afinal, tem-se aí a manifestação de um terceiro que pode vir a se manifestar em processo do qual não é parte, “para oferecer à corte sua perspectiva acerca da questão constitucional controvertida,

³²⁵ Vide, nesse sentido, o entendimento firmado no julgamento do Agravo Regimental interposto em na ADI 575-8 PI (Rel. Min. Celso de Mello – DJ 01.07.1994 – p. 17.495): “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – INTERVENÇÃO ASSISTENCIAL – INADMISSIBILIDADE – RISTF (ART. 169, § 2º) – NORMA REGIMENTAL RECEBIDA COM EFICÁCIA DE LEI PELA CF/88 – FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO REQUERIDA POR PARTICULARES – IMPOSSIBILIDADE EM AÇÃO DIRETA – AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. – A norma regimental inscrita no art. 169, § 2º, do RISTF, que veda a intervenção assistencial no processo de controle normativo abstrato instaurado perante o Supremo Tribunal Federal, foi recebida com força e eficácia de lei pelo novo ordenamento constitucional. Tratando-se de *lex specialis*, a norma regimental prevalece sobre o disposto no art. 50, parágrafo único, do Código de Processo Civil, que admite a intervenção assistencial em qualquer dos tipos de procedimento e em todos os graus de jurisdição. – A natureza eminentemente objetiva do processo de controle abstrato de constitucionalidade não dá lugar à intervenção de terceiros que pretendam, como assistentes, defender interesses meramente subjetivos. – A formação litisconsorcial passiva, no processo de ação direta de inconstitucionalidade, só se legitima em face dos órgãos estatais de que emanou o próprio ato normativo impugnado. O mero particular não se qualifica como litisconsorte passivo em processo de controle abstrato, em face da necessária estatalidade do ato normativo nele impugnado” (STF - Agravo Regimental em ADI n.º 575-8 – Piauí – Rel. Min. Celso de Mello – j. 09.12.1992 - DJ 01.07.84 – Ementário n.º 1.751).

³²⁶ Confira-se, assim, a ADIN n.º 748-4 RS / AgReg - rel. Min. Celso Mello, DJ 18.11.1994, p. 31.392).

³²⁷ MEDINA, Damares. Ob. Cit., p. 75.

informações técnicas acerca de questões complexas cujo domínio ultrapasse o campo legal ou, ainda, defender os interesses dos grupos por ele representados, no caso de serem, direta ou indiretamente, afetados pela decisão a ser tomada”³²⁸.

Assim, a presença da sociedade civil organizada na esfera do Supremo Tribunal Federal pode ser identificada a partir do perfil dos pedidos deduzidos por *amici curiae*: “Desde 1999 até 2005, as associações de classe (39,9%), as associações sem fins lucrativos – ONGs (20,25%), as associações de empresas (10,9%) e as empresas (1,7%) representam 72,75% de todos os pedidos de ingresso de *amicus curiae*”³²⁹. Consoante Damares MEDINA, esses dados coletados afastam a premissa de que o *amicus curiae* apresenta-se como um “terceiro” *desinteressado*, capaz apenas de fomentar um interesse *público* ou *institucional*.

Em verdade, a adoção desses mecanismos de participação está inserida no contexto de *abertura* da interpretação constitucional, permitindo que no cenário contemporâneo certos indivíduos, “pessoas interessadas”³³⁰ e grupos sociais participem ativamente da construção do sentido das decisões emanadas da Corte Constitucional.

b) O ingresso de *amicus* no controle incidental de constitucionalidade.

No Brasil, pode-se concluir ainda que, além dos órgãos e entidades formalmente legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, poderão ser ouvidos na fase de julgamento dos recursos extraordinários dotados de repercussão geral³³¹ quaisquer outros entes e organizações cuja *representatividade*

³²⁸ MEDINA, Damares. Ob. Cit., p. 17.

³²⁹ MEDINA, Damares. Ob. Cit., p. 75.

³³⁰ “*Experts* e ‘pessoas interessadas’ da sociedade pluralista também se convertem em intérpretes do direito estatal. Isto significa que não apenas o processo de formação, mas também o desenvolvimento posterior, revela-se pluralista: a teoria da ciência, da democracia, uma teoria da Constituição e da hermenêutica propiciam aqui uma medição específica entre Estado e sociedade” (HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Fabris, 1997. p. 18).

³³¹ “A participação direta dos afetados pela decisão judicial, no controle difuso da constitucionalidade das leis, é um problema de crucial importância. Para os casos de repercussão geral, existe a possibilidade de intervenção de terceiros na condição de *amicus curiae*. (...) A possibilidade de participação no controle (difuso) de constitucionalidade deve ser assegurada de forma genérica, ou seja, abrindo-se a oportunidade para que os interessados possam produzir suas razões” (APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada**, Curitiba: Juruá, 2008. p. 54-55).

venha a cancelar tal manifestação, desde que verificada a demonstração da *pertinência temática* com o assunto em voga no controle incidental de constitucionalidade.

Ao que se tem notícia, o primeiro caso de recurso extraordinário em que se fez menção à participação de *amicus curiae* ocorreu no julgamento do REsp n.º 290.079. Entretanto, verdadeiramente, a análise do ingresso do *amicus curiae* nos processos do controle incidental de constitucionalidade “passa pelo minucioso escrutínio do julgamento do RE 415.454 e 416.827, ambos da relatoria do Ministro Gilmar Mendes e julgados em conjunto em 21-9-2005, DJ de 26-10-2007. Trata-se da primeira vez na qual o plenário do STF debateu o ingresso do *amicus curiae* em recurso extraordinário, bem como a admissibilidade de sua sustentação oral”³³². Com efeito, a questão de ordem surgida no julgamento do REsp n.º 416.827 “foi decidida majoritariamente no sentido de admitir a participação do *amicus curiae*, bem como a sua sustentação oral em sede de recurso extraordinário (controle incidental de constitucionalidade)”³³³.

O tema será retomado nos tópicos subsequentes.

2.1.3. As principais modalidades de manifestações interventivas presentes no direito brasileiro.

a) Hipóteses de manifestações interventivas anômalas.

Apenas com o intuito de facilitar a sistematização da matéria, cabe destacar que são diversas as hipóteses de manifestações interventivas *anômalas* presentes no direito objetivo brasileiro, as quais não estão relacionadas com os problemas atinentes à jurisdição constitucional. Ou seja, as situações arroladas a seguir não estão necessariamente ligadas por um liame comum.

Trata-se aí de vislumbrar outras situações em que o legislador conferiu autorização para terceiros estranhos à relação processual participarem de determinadas espécies de processos, para defesa de certos interesses específicos. É possível elencar, dessa forma, as seguintes manifestações interventivas

³³² MEDINA, Damares. Ob. Cit., p. 90.

³³³ MEDINA, Damares. Ob. Cit., p. 95-96.

anômalas, que não se circunscrevem às situações contempladas nos artigos 50 e seguintes do Código de Processo Civil:

a.1) O art. 31 da Lei n.º 6.385/1976 contemplou a possibilidade de intervenção da Comissão de Valores Mobiliários – CVM em processos *intersubjetivos* nos quais se discutam questões de direito societário e do mercado de capitais, sujeitas às competências e atribuições legais daquela entidade³³⁴. Trata-se, na hipótese em questão, de participação *voluntária* da CVM, na defesa de seus peculiares interesses³³⁵, com a defesa das competências institucionais que lhe foram traçadas pela Lei n.º 10.411/2002 (e, dessa forma, há que se afastar qualquer altruísmo norteando sua atuação). Além dessa modalidade de intervenção *qualificada* prevista na Lei n.º 6.385/1976, a CVM poderá ainda ingressar em certos processos na qualidade de assistente simples ou litisconsorcial³³⁶.

³³⁴ “Como se extrai do texto legal, cabe à Comissão de Valores Mobiliários (CVM) em processos judiciais de caráter individual, nos quais devessem ser apreciadas questões envolvendo direito empresarial sujeitas, no âmbito administrativo, à sua competência fiscalizadora intervir como *Amicus Curiae*” (PRADO, Rodrigo Murad do. **A participação popular no controle abstrato de constitucionalidade: amigo da corte**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2010. p. 122).

³³⁵ “Sua intervenção, destarte, pressupõe litígio sobre as questões reguladas pela Lei n.º 6.385/76 com as suas sucessivas atualizações e regulamentações e pressupõe, igualmente, que compete, por força de lei, àquela autarquia federal, fiscalizar permanentemente as atividades e os serviços do mercado de valores mobiliários nos termos do art. 1º da mesma lei, além de fiscalizar a veiculação de informações relativas ao mercado, às pessoas que dele participem e aos valores nele negociados, e fiscalizar e inspecionar as companhias abertas, dando prioridade às que não apresentem lucro em balanço ou àquelas que deixem de pagar o dividendo obrigatório” (BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. Cit., p. 269).

³³⁶ “De fato, não se pode excluir previamente a possibilidade de a CVM ser detentora de interesses jurídicos autorizadores da assistência simples ou da assistência litisconsorcial. Ou seja, caso a CVM tenha interesse na decisão, ou na fundamentação da decisão, de demanda (individual ou coletiva) instaurada entre terceiros, poderá intervir como assistente simples ou qualificado, afora a hipótese sempre presente da intervenção do art. 31 do diploma legal citado, quando então intervirá em situação que se assemelha à do *amicus curiae*. Vejamos um exemplo. Imaginemos uma determinada demanda individual, movida em face de uma corretora de valores, na qual é imputada a esta a prática de fraude e manipulação destinadas a criar condições artificiais de demanda, oferta ou preço de valores mobiliários distribuídos no mercado; ou seja, a criação de fictícios preços de valores mobiliários negociados no mercado. Por ser a CVM uma entidade autárquica, possui ela legitimidade para ajuizar demanda coletiva (LACP, art. 5º). O interesse da CVM em intervir na referida demanda, como assistente simples, poderá recair sobre a fundamentação da decisão. Ou seja, intervindo no feito, ficará ela (a CVM) sujeita à justiça da decisão (art. 55), tornando-se imutáveis os fundamentos da decisão, que, no caso hipotético, dirão respeito à existência ou não da alegada manipulação. E a referida fundamentação servirá à CVM como causa de pedir de eventual futura demanda coletiva em face da corretora de valores infratora. (...) Em conclusão, a intervenção da CVM, a teor do art. 31 da Lei 6.385/76, pode a princípio ser identificada como a figura do *amicus curiae*. Ademais, a intervenção da CVM nessa qualidade não exclui a possibilidade de sua intervenção como assistente simples ou litisconsorcial, segundo as regras do CPC (arts. 50 e 54)” (DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. Ob. Cit., p. 59-60).

a.2) O art. 89 da Lei n.º 8.884/1994 reconheceu a possibilidade de o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) participar de certos processos *intersubjetivos*, buscando assegurar o exercício da livre concorrência e o abuso de poder dominante na absorção de mercados de consumo. Com efeito, as atribuições do CADE estão adstritas ao policiamento da atividade econômica, evitando a dominação *abusiva* de mercados. Contudo, é de se notar que a regra do art. 89 da Lei n.º 8.884/1994 dispõe que o CADE “deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito”. Logo, trata-se de peculiar forma de assistência *provocada*, em prol da defesa de interesses dos mercados regulados e marcada ainda pelo objetivo oblíquo de facilitar a compreensão das discussões envolvendo eventuais práticas econômicas abusivas, facilitando a incursão dos julgadores nestes assuntos técnicos, até porque a hipótese do art. 89 da Lei da Concorrência não afasta a intervenção prevista no art. 54 deste diploma legal³³⁷. Ou seja, “não se trata, a toda evidência, de ingresso do CADE na qualidade de *assistente* de nenhuma das partes, porque não está ele, CADE, defendendo direito próprio em juízo ou, de qualquer forma, direito seu que dependa da relação jurídica posta em juízo”³³⁸.

a.3) Os artigos 57³³⁹ e 175³⁴⁰ da Lei n.º 9.279/1996 conferem prerrogativa similar ao INPI (Instituto Nacional da Propriedade Industrial), chancelando a manifestação desta entidade como *interveniente* em ações de *nulidade de patente*

³³⁷ “Portanto, se a norma não representa a simples reafirmação da possibilidade de assistência do CADE, nem tampouco representa ‘criação’ de uma assistência provocada específica para o caso, que sentido lhe reconhecer? Em nosso sentir, a intervenção do CADE, segundo o art. 89 (e afora a hipótese de intervenção como *assistente*, permitida pelo art. 50 do CPC), dar-se-á em benefício da própria corte, porquanto a auxiliará na, muitas vezes difícil, tarefa de compreender os fatos que configuram prática econômica abusiva, e que constituem conhecimento técnico estranho, se não a todos, à maioria dos julgadores. (...) Assim, com fundamento no art. 54 do CPC, poderia o CADE ingressar como assistente litisconsorcial; com fundamento no art. 89 da Lei 8.884/94, ingressaria em outra qualidade, semelhante à do *amicus curiae*. A escolha ficaria a seu talante. Intervindo como *assistente litisconsorcial*, ficará submetido à justiça da decisão (art. 55), exercerá os mesmos poderes e arcará com os mesmos ônus processuais das partes (art. 52) e poderá ter sua intervenção impugnada, gerando incidente a ser autuado em apartado (art. 54, parágrafo único, c.c. art. 51); de outra parte, intervindo como *amicus curiae* e inexistindo regramento do instituto, sua atuação ficará restrita à prestação de informações e à manifestação sobre os fatos e provas deduzidos no processo” (DEL PRA, Carlos Gustavo Rodrigues. Ob. Cit., p. 64-65).

³³⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. Cit., p. 327.

³³⁹ “Art. 57. A ação de nulidade de patente será ajuizada no Foro da Justiça Federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito”.

ou *registro*³⁴¹. Como é sabido, de acordo com os artigos 42 e 129 da Lei da Propriedade Industrial, o direito ao *uso da patente* ou à *marca* ocorre com o registro perante o INPI, obstando-se o uso indevido perpetrado por terceiros. Nas situações contempladas nos dispositivos legais acima mencionados, parece não ser possível caracterizar, *a priori*, a intervenção do INPI como hipótese de litisconsórcio *necessário*³⁴², razão pela qual tem-se aí uma modalidade de assistência *provocada*, com vistas à fiscalização da aplicação da Lei de Patentes e Inventos e resguardo

³⁴⁰ "Art. 175. A ação de nulidade do registro será ajuizada no Foro da Justiça Federal e o INPI, quando não for autor, intervirá no feito".

³⁴¹ "A ação de nulidade tem por intuito invalidar o registro de marca, ou de registro de desenho industrial ou a patente, com o respectivo cancelamento. (...) Dispõem os arts. 57, 175 e 118 c/c o art. 57 da LPI, referentes à ação de nulidade de patente, marca ou desenho industrial, respectivamente, que o INPI intervirá no feito, quando não seja autor. Questão polêmica e relevante é a de saber se o INPI, quando figurar no pólo passivo da ação, será assistente ou réu. Embora a lei utilize o termo 'intervenção' deve ser investigado se esta expressão foi utilizada no sentido técnico, o que leva à conclusão que o INPI deve ser assistente e não parte" (SATO, Priscila Kei. O instituto nacional da propriedade industrial nas ações de nulidade e de adjudicação: parte ou assistente? *In Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. Coordenadores Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 787-794).

³⁴² "Entretanto, o INPI não integra a relação jurídica objeto da ação de nulidade de registro de marca. Tampouco o dispositivo que determina sua participação impõe a formação de um litisconsórcio necessário. E isso por uma razão: o INPI não tem interesse em manter ou desconstituir o registro. Aliás, é esse fato que fundamenta a afirmação da doutrina de que '*o INPI não tem interesse no sucesso específico de nenhuma das partes*'. Age o órgão em cumprimento de sua função de proceder aos atos administrativos de registro e cancelamento de registro. Esse é o ponto fulcral. (...) De fato, o INPI não tem interesse na manutenção ou cancelamento do registro, mas tão-somente na observância de sua legalidade. Diferentemente, caso fosse *assistente*, deveria o órgão estatal agir de modo a levar o assistido à vitória. Sua atuação é, pois, desvinculada dos interesses das partes, mas vinculada à sua função de '*executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade industrial*' (Lei 5.468/70, art. 2º). (...) Isto é, não obstante sua intervenção tenha sido provocada (pela intimação determinada por lei), sua participação será voluntária, desde que haja, a critério do INPI, informações, manifestações, considerações, etc., relevantes para o deslinde da causa" (DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. Ob. Cit., p. 48-49).

das competências institucionais daquela entidade³⁴³. Entretanto, de acordo com Cassio S. BUENO, não podem ficar descartadas eventuais situações nas quais o INPI venha a figurar como litisconsorte passivo necessário³⁴⁴.

a.4) O art. 5º da Lei n.º 9.649, de 10 de julho de 1997, fez por contemplar ainda a possibilidade de intervenção da União Federal nas causas em que figurarem como autores ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais³⁴⁵. Há autores, contudo, que negam a possibilidade de enquadramento desta situação como hipótese de *amicus curiae*, daí porque a intervenção da União é vista como modalidade *sui generis* ou assistência anômala.

b) As manifestações interventivas relacionadas com as projeções da jurisdição constitucional.

³⁴³ No entanto, em sentido contrário, Priscila Kei SATO defende que a atuação do INPI nestes casos é equiparável à condição de parte: "A atividade do INPI não se resume a um ato administrativo de mero registro. O INPI é o órgão administrativo, no Brasil, que, efetivamente, concede direitos de uso exclusivo da marca, patente ou desenho industrial, em decorrência de competência outorgada pelo ordenamento jurídico. O ato de concessão exige publicidade para produzir efeitos perante terceiros, e isso se dá por meio do registro realizado pelo INPI, mas não se deve reduzir a participação do INPI no procedimento de concessão de marca, patente ou desenho industrial a este ato de publicidade. O INPI integra a ação de nulidade como parte e não como mero assistente. Em primeiro lugar porque a assistência é fenômeno voluntário. A LPI, expressamente, exige a presença do INPI nas ações de nulidade. Em segundo lugar, o INPI não tem interesse no sucesso específico de nenhuma das partes. No caso de impugnação de um ato do próprio INPI, este defenderá interesse próprio, porque em face desse órgão será requerida a desconstituição de ato administrativo de sua lavra. Caso seja proferida decisão em ação proposta somente contra o ilegítimo titular do registro, essa sentença não será oponível em face do INPI, pois este não participou da demanda. Ademais, o INPI tem autonomia para reconhecer juridicamente o pedido do autor, o que é vedado ao assistente simples; pode recorrer, mesmo no caso de transação entre o autor da ação e o réu, titular do registro. Caso fosse mero assistente, o recurso não deveria ser conhecido por falta de interesse de agir" (SATO, Priscila Kei. Ob. cit., p. 811-812).

³⁴⁴ "Tudo dependerá, a nosso ver, da causa de pedir da ação de nulidade. Se se tratar de ação de nulidade cuja *causa de pedir* diga respeito a algum vício no processo administrativo de registro efetuado pelo INPI, não há como negar que ele, INPI, deverá ser citado como réu em litisconsórcio passivo necessário com o particular que se beneficiou com o equívoco cometido por aquela autarquia. (...) Poderá ocorrer, no entanto, que a causa de pedir da ação de nulidade não diga respeito a qualquer vício cometido pelo INPI ao longo do processo administrativo destinado ao registro de patente, desenho industrial ou marca. Assim, por exemplo, quando o próprio INPI tiver sido vítima de um engodo do particular que falsificou os documentos apresentados para exame e assim por diante, ou, mais amplamente, simplesmente porque o INPI registrou marca em nome de um particular usurpada de outro, sem que o processo administrativo que antecederesse aquele registro tivesse condições de o verificar" (BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. Cit., p. 294-295).

Com exceção das situações arroladas acima, nota-se que no Brasil as demais manifestações interventivas anômalas estão intimamente conectadas com as projeções da jurisdição constitucional. Assim, nesta condição, é possível arrolar as seguintes hipóteses:

b.1) O referido artigo 7º, § 2º, da Lei n.º 9.868/1999 – aplicável às ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal e, por analogia, às eventuais representações por inconstitucionalidade propostas perante os Tribunais de Justiça dos Estados – assegura a órgãos ou entidades, considerada a sua representatividade e a relevância da matéria em discussão, o direito de intervirem, na qualidade de *amicus curiae*, nos autos de processo de controle abstrato de constitucionalidade.

b.2) O art. 6º, §§ 1º e 2º, da Lei n.º 9.982/1999 (ADPF) conferiu a mesma possibilidade no tocante às manifestações de terceiros no bojo das arguições de descumprimento de preceito fundamental³⁴⁶, criadas como instrumentos idealizados para a proteção de direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição da República.

Com efeito, ao se considerar que a arguição de descumprimento de preceito fundamental pode assumir a feição de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade e, deste modo, dispor de efeitos *erga omnes* e *vinculantes*, “não há como afastar a possibilidade de entidades de classe ou outros órgãos representativos de segmentos sociais pleitearem seu ingresso na qualidade de *amicus curiae*, fundamentando-se não só no art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/99, aplicável à espécie por evidente analogia, mas, superiormente, na ordem constitucional”³⁴⁷. Entretanto, no julgamento da ADPF n.º 54, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, em que se discutiu a possibilidade *jurídica* do aborto

³⁴⁵ Tal hipótese de intervenção decorre *imediatamente* da lei, sendo “desnecessário que a Administração Pública federal demonstre qualquer interesse *jurídico concreto*, que decorra, em alguma medida, da relação jurídica material deduzida em juízo. Estão as pessoas administrativas federais legitimadas a intervir porque a lei assim determinou” (BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. Cit., p. 213).

³⁴⁶ “Art. 6º. (...) § 1º. Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar peritos ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou, ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria. § 2º. Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo”.

³⁴⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. Cit., p. 180.

dos fetos anencéfalos, o Min. Marco Aurélio de MELLO indeferiu o ingresso da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), entidade esta que pleiteou sua habilitação na qualidade de *amicus curiae*. De acordo com o entendimento esposado na ocasião, não existiria um “direito subjetivo público”³⁴⁸ de ingresso da entidade postulante qualidade de *amicus curiae*, razão pela qual, no caso em apreço, a parte interessada foi instada a se pronunciar em *audiência pública* especialmente designada para a oitiva dos demais envolvidos com aquela questão constitucional.

b.3) O art. 482, § 3º, do CPC assegura tal possibilidade no tocante aos incidentes de arguição de inconstitucionalidade³⁴⁹. Como é de se observar, o referido incidente terá lugar em todos os recursos e ações judiciais afetas à competência originária de tribunais, sempre que a questão *prejudicial* – constitucionalidade ou não da lei ou ato normativo – for capaz de influenciar o resultado do julgamento do objeto da demanda³⁵⁰. Destarte, diante da relevância da matéria e da representatividade dos postulantes, o relator poderá admitir, por “*despacho*” irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades³⁵¹.

b.4) O art. 14, § 7º, da Lei n.º 10.259/2001 também tratou do assunto ao dispor que, na esfera do pedido de uniformização de interpretação da lei federal, para apurar eventuais divergências entre decisões ventiladas pelas Turmas

³⁴⁸ “Destarte, não obstante o silêncio da Lei n.º 9.882/99, não há como recusar a possibilidade de intervenção de *amicus curiae* também nas arguições de descumprimento de preceito fundamental perante o Supremo Tribunal Federal. Nem que seja, na linha como a essa intervenção se referiu o Ministro Marco Aurélio na ADPF 54, mais como ato *instrutório* do que como ato *postulatório*. O que importa, mesmo que a *forma* adotada não seja aquela que se fundamenta na aplicação à espécie do art. 7º, § 2º, da Lei n.º 9.868/99, é que àquele tribunal sejam levadas todas as informações relevantes espreiadas pela sociedade, que, consoante o caso, podem ser fundamentais para viabilizar que a nossa mais alta Corte compreenda adequadamente e assim possa decidir legitimamente o que está posto para julgamento” (BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. Cit., p. 189-190).

³⁴⁹ “(...) § 3º. O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

³⁵⁰ Como é sabido, a Lei n.º 9.868/99 “impôs alterações na redação do art. 482 do CPC, referente ao incidente de declaração de inconstitucionalidade, prevendo a manifestação do Ministério Público, das pessoas jurídicas de direito público responsáveis pelo ato impugnado (§ 1º), dos co-legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade (§ 2º) e de quaisquer outros órgãos ou entidades (§ 3º)” (DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. Ob. Cit., p. 96).

³⁵¹ “Deve se dar, na hipótese, larga interpretação ao que dispõem os §§ 2º e 3º do art. 482 do Código de Processo Civil, franqueando a participação do maior número possível de ‘interessados’ sobre a questão relativa à constitucionalidade ou inconstitucionalidade de dado dispositivo normativo. Isso, evidentemente, sem prejuízo de as próprias partes litigantes terem a possibilidade de se manifestar especificamente sobre a questão relativa à inconstitucionalidade” (BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. Cit., p. 194-195).

Recursais dos Juizados Especiais Federais, “eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de 30 (trinta) dias”³⁵². De acordo com este dispositivo, os interessados (*amici curiae*) dispõem da prerrogativa³⁵³ de se manifestar em quaisquer das modalidades de “pedidos de uniformização” contemplados na Lei n.º 10.259/2001³⁵⁴, justificando, inclusive, a abertura procedimental para a participação de terceiros no processamento do recurso extraordinário previsto no art. 15 do mesmo diploma legal³⁵⁵.

Oportuno salientar que, na esteira da regra do art. 14, § 7º, da Lei n.º 10.259/2001, o Conselho da Justiça Federal editou a Resolução n.º 390, de 17.09.2004, a qual versa sobre o Regimento Interno da Turma Nacional de

³⁵² “A Lei 10.259/2001, que dispõe sobre os Juizados Especiais no âmbito da Justiça comum Federal, admite o *amicus curiae* na seguinte hipótese: quando há recurso dirigido para a Turma Recursal e, no transcorrer do trâmite recursal houver pedido de uniformização no caso de haver divergência entre as turmas, o pedido que se assemelha aos embargos de divergência, é dirigido à Reunião conjunta das Turmas em Conflito que dirimirá tal questão. Se o conflito cingir-se entre turmas de diferentes regiões da Justiça comum Federal, o pedido será decidido por membros de turmas diversas das quais há divergência e será presidida pelo Organizador da Justiça Federal (Turma de Uniformização Nacional). Neste incidente, poderá o Presidente solicitar a participação do ‘Amigo da Corte’” (PRADO, Rodrigo Murad do. Ob. Cit., p. 139).

³⁵³ Diferentemente das hipóteses versadas pelas Leis n.º 9.868/1999 e n.º 9.882/1999, “no processamento do pedido de uniformização de jurisprudência previsto na Lei n.º 10.259/2001, bem como no julgamento do recurso extraordinário proveniente dos Juizados Especiais Federais, o interessado possui direito subjetivo a manifestar-se, independentemente da aquiescência do relator” (MEDINA, Damasceno. Ob. Cit., p. 97).

³⁵⁴ “Na verdade, os parágrafos do referido artigo regulam quatro espécies distintas de ‘pedidos de uniformização’, cabíveis quando houver: (i) divergência entre decisões de Turmas Recursais da mesma região, a ser julgado pelas Turmas Regionais de Uniformização (§ 1º do art. 14); (ii) divergência entre Turmas Recursais de regiões diferentes ou (iii) divergência entre Turma Recursal e súmula ou jurisprudência dominante do STJ, casos em que os pedidos serão julgados pela Turma Nacional de Uniformização (§ 2º); e (iv) divergência entre decisão da Turma de Uniformização, sobre questão de direito material, que contrarie súmula ou jurisprudência dominante do STJ, a ser por ele julgado (§ 4º)” (DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. Ob. Cit., p. 99-100).

³⁵⁵ “É exatamente essa eficácia da decisão, a projetar sua sombra para além das partes, com potencialidade de atingir um número indeterminado de indivíduos, que, pensamos, parece justificar uma abertura procedimental para a participação de terceiros no processamento do recurso extraordinário. Com efeito, em todos os casos o julgamento do recurso extraordinário, no âmbito dos Juizados Especiais Federais, representará influência sobre a situação jurídica de terceiros, seja porque se fixará a tese jurídica a ser aplicada aos casos futuros (pela edição de Súmula), atingindo potenciais litigantes (hipótese ‘ii’, *supra*), ou porque atingirá diretamente os demais litigantes que tenham interposto recursos extraordinários ‘que versem idêntica controvérsia constitucional’ e que, portanto, estão retidos (hipótese ‘i’, *supra*). Essa influência sobre a situação jurídica de terceiros demanda uma abertura procedimental, para autorizar a participação destes na construção da decisão que lhes atingirá. E, no nosso sentir, é nesse sentido que o art. 15 da LJEJF, ao prever o procedimento diferenciado para o processamento do recurso extraordinário, determina a aplicação do § 7º do art. 14, autorizando que ‘eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de 30 (trinta) dias’ (DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. Ob. Cit., p. 106-107).

Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, cujo art. 23, § 1º, diversamente da mera analogia à “manifestação” de outros órgãos ou entidades, ou ainda “juntada de memoriais” por interessados - constante dos demais diplomas legais citados -, passou a fazer menção expressa à locução “*amicus curiae*”³⁵⁶.

b.5) O art. 3º, § 2º, da Lei n.º 11.417/2006³⁵⁷ (“Lei da Súmula Vinculante”) reconheceu a possibilidade de manifestação de terceiros no curso do procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, dada a perspectiva de vinculatividade advinda desta espécie de comando normativo³⁵⁸.

b.6) O art. 543-A, § 6º, do CPC, na esteira dos acréscimos veiculados pela Lei n.º 11.418/2006³⁵⁹, veio a contemplar a admissão de *amicus curiae* na fase de exame e aferição da *repercussão geral* da questão constitucional ventilada em sede de recurso extraordinário³⁶⁰, matéria esta que contempla exame mais acurado nas etapas seguintes do trabalho.

b.7) E, por derradeiro, o art. 323, § 2º, do atual Regimento Interno do STF, ao regulamentar o referido dispositivo emanado da Lei n.º 11.418/2006 chancela a possibilidade de se admitir *amicus curiae* “de ofício ou a requerimento” do interessado³⁶¹. Ou seja, de acordo com a regra regimental, nada obsta que o

³⁵⁶ “Art. 23. As partes poderão apresentar memoriais e fazer sustentação oral por dez minutos, prorrogáveis por até mais dez, a critério do presidente. § 1º. O mesmo se permite a eventuais interessados, a entidades de classe, associações, organizações não-governamentais, etc., na função de ‘amicus curiae’, cabendo ao presidente decidir sobre o tempo de sustentação oral”.

³⁵⁷ “(...) § 3º. No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.

³⁵⁸ “Os atos aprovados pelo Congresso Nacional repousam sobre uma presunção de legitimidade (política), vez que aprovados diretamente por aqueles eleitos pela população através do sufrágio universal. As súmulas vinculantes, de outro modo, não gozam desta mesma presunção e, muito embora a sua edição derive, diretamente, de uma opção do constituinte derivado – através da EC 45/04 (reforma do Poder Judiciário) – ainda assim necessitam da (potencial) participação dos atingidos” (APPIO, Eduardo. Controle difuso de constitucionalidade, p. 55).

³⁵⁹ “§ 6º. O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.

³⁶⁰ “Note-se o ponto: a participação de terceiros pode orientar-se tanto no sentido da admissão como no da inadmissão do recurso extraordinário relativamente à repercussão geral da controvérsia constitucional ali debatida” (MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Repercussão geral no recurso extraordinário, p. 40).

³⁶¹ “Art. 323. (...) 2º. Mediante decisão irrecorrível, poderá o(a) Relator(a) admitir de ofício ou a requerimento, em prazo que fixar, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, sobre a questão da repercussão geral” (atualizado com a introdução da emenda regimental n.º 21/07).

Supremo Tribunal Federal venha a solicitar subsídios ou informações relevantes para o enfrentamento da questão constitucional.

Portanto, é de se concluir que, com exceção das primeiras hipóteses arroladas acima (art. 31 da Lei n.º 6.385/1976, art. 89 da Lei n.º 8.884/1994, artigos 57 e 175 da Lei n.º 9.279/1996, e art. 5º da Lei n.º 9.649/1997, envolvendo, respectivamente, a atuação da CVM, do CADE, do INPI³⁶² e da União Federal), tem-se que as demais manifestações interventivas *atípicas* giram em torno do eixo da jurisdição constitucional (art. 7º, § 2º, da Lei n.º 9.868/1999, art. 6º, §§ 1º e 2º, da Lei n.º 9.982/1999, art. 482, § 3º, do CPC, art. 3º, § 2º, da Lei n.º 11.417/2006, art. 543-A, § 6º, do CPC, e art. 323, § 2º, do RISTF)³⁶³. Desta forma, é preciso atentar para a ênfase atribuída pelo legislador aos institutos intervencionistas desta natureza, razão pela qual justifica-se a criação de uma teorização uniforme para estas categorias, haja vista que são marcantes as projeções da jurisdição constitucional no cenário contemporâneo.

2.1.4. A relevância, a representatividade e as prerrogativas processuais do *amicus curiae* no contencioso constitucional.

a) A relevância e a representatividade e o perfil dos *amici curiae* no STF.

³⁶² De fato, “o que importa extrair dessa conclusão é que a atuação desses terceiros, nessas hipóteses, dá-se de forma descomprometida em relação às partes, mas comprometida com sua função institucional de polícia (no mercado de capitais, na defesa da concorrência ou na execução das normas atinentes à propriedade industrial). Assim, seu interesse em participar naquelas demandas, na verdade, é o interesse que a própria lei cometeu à instituição. Não agem a CVM, o CADE e o INPI em defesa de interesses somente a ele referidos, mas de determinados interesses, cuja defesa lhes foi outorgada pela lei. Há, portanto, evidente interesse público no controle dessas atividades, eleito pelo legislador como relevante e digno de proteção. E, para tanto, quis o legislador conceder especial prerrogativa a esses órgãos de contribuir em benefício da corte, independentemente da posição de qualquer das partes. (...) Ou seja, o auxílio das informações trazidas pela CVM, pelo CADE e pelo INPI possibilita ao juiz obter melhor desempenho na construção da decisão, e a essa função restringia-se a atividade do *amicus curiae* até então” (DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. Ob. Cit., p. 70-71).

³⁶³ Aliás, referindo-se aos artigos 7º, § 2º, art. 9º, §§ 1 e 2º, art. 20, §§ 1º e 2º, da Lei n.º 9.868/99 e art. 6º, §§ 1º e 2º, da Lei n.º 9.882/99, Carlos Gustavo Rodrigues DEL PRÁ afirma que “em todas essas hipóteses, o legislador claramente ampliou os canais de comunicação para o juiz constitucional, possibilitando-lhe a coleta de informações por distintos meios. Dentro dessas hipóteses, instituíram-se, no controle abstrato, instrumentos já tradicionais, como a perícia ou a requisição de informações aos tribunais, mas também instituíram-se novas formas de fomentar o debate, como a designação de audiência pública e a autorização de manifestação, voluntária ou por requisição judicial, de terceiros não portadores do interesse jurídico autorizador da intervenção assistencial” (DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. Ob. Cit., p. 81).

A partir dos parâmetros estabelecidos pelo art. 7º, § 2º, da Lei n.º 9.868/1999, dispositivo que chancelou a aceitação de *amicus curiae* no controle de constitucionalidade brasileiro, impõe-se o enfrentamento das categorias (i) da *relevância* e (ii) da *representatividade*, por serem fatores de aceitação destes órgãos e entidades no contencioso constitucional. Como é sabido, a decisão de admitir ou não o *amicus curiae* é da competência do relator, a quem caberá aquilatar a (i) *relevância* da matéria em discussão, e, de outro lado, (ii) a *representatividade* dos postulantes. Esta última exigência, diga-se de passagem, não pode ser nivelada como fator de legitimação *subjetiva*, mas, ao contrário, deve estar conectada com a perspectiva de o *amicus curiae* ser capaz de fornecer subsídios úteis para o deslinde da questão jurídica ou controvérsia constitucional.

Assim, conforme realçado por Gustavo BINENBOJM, “na análise do binômio relevância-representatividade, deverá o relator levar em conta a magnitude dos efeitos da decisão a ser proferida nos setores diretamente afetados ou para a sociedade como um todo, bem como se o órgão ou entidade postulante congrega dentre seus afiliados porção significativa (quantitativa ou qualitativamente) dos membros do(s) grupo(s) social(is) afetado(s)”³⁶⁴.

Por outro lado, tal participação pode ser *espontânea* ou *provocada*, pois nada obsta - em consonância com esta última hipótese - que o STF venha a convidar pessoas ou entidades com especial qualificação no que concerne ao tema constitucional em pauta, à guisa de que estas prestem sua colaboração com a matéria objeto do julgamento.

Em pesquisa empírica realizada, Damares MEDINA identificou, nos últimos anos, 1.440 pedidos de ingresso de terceiros (*amici curiae*) na esfera do Supremo Tribunal Federal, dos quais 1.235 (85,8%) foram juntados aos autos e 205 (14,2%)

³⁶⁴ BINENBOJM, Gustavo. Ob. Cit., p. 162.

foram devolvidos aos signatários³⁶⁵. Destarte, no plano da casuística, cabe destacar que o STF já admitiu na qualidade de *amici curiae* diversos órgãos e entidades, públicas e privadas, que não se qualificavam como legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade³⁶⁶. Anotem-se, como exemplos, (i) a Associação dos Magistrados Catarinenses – AMC³⁶⁷, (ii) o Instituto de Resseguros do Brasil – IRB³⁶⁸, (iii) o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro³⁶⁹, (iv) a Companhia Energética de Brasília – CEB³⁷⁰, dentre vários outros.

b) As prerrogativas processuais do *amicus curiae*.

³⁶⁵ “O procedimento de coleta de dados localizou todos os processos que continham uma das seguintes expressões: ‘*amicus*’, ‘*amici*’, ‘terceiro interessado’, ‘intdo’ e ‘intda’. As referidas expressões foram utilizadas em razão do seu emprego, pelo STF, para designar os casos de admissão de *amicus curiae*. Complementariamente, a Seção de Atendimento e Informações Processuais da Secretaria Judiciária do STF gerou um relatório, a partir da base de dados do campo ‘observação’ dos andamentos processuais. Nesse relatório foram selecionados todos os processos com a expressão ‘*amicus curiae*’. As duas buscas foram cruzadas de forma a excluir os processos repetidos. Com base neste resultado final foram feitas análises quantitativas e estatísticas dos dados. Como resultado foram identificados 469 processos nos quais foi requerido o ingresso como terceiro interessado. O uso da expressão ‘*amicus curiae*’ para designar o ingresso do terceiro interessado é relativamente recente, remontando à ADI 748, relator o Min. Celso de Mello, bem como às Leis 9.868/99 e n.º 9.882/99, que, apesar de se referirem a terceiros interessados, são tidas como os diplomas normativos que regulam o ingresso do *amicus curiae* no STF (...) No universo de processos analisados foram localizados 1.440 pedidos de ingresso de terceiros. Desses pedidos, 1.235 (85,8%) foram juntados aos autos e 205 (14,2%) foram devolvidos” (MEDINA, Damares. Ob. Cit., p. 114-115).

³⁶⁶ “A grande maioria dos pedidos de *amicus curiae* é feita por associações, o que confirma o perfil diferenciado no STF, em comparação com a Suprema Corte dos EUA, onde o *amicus* surge como forma de viabilizar a participação do Estado e demais entes federativos nas disputas individuais que surtiriam imediato reflexo no sistema federativo. No STF os entes públicos (em especial a União, por intermédio do Presidente da República, e os Estados) sempre estiveram presentes na jurisdição constitucional, como legitimados para agitar o controle concentrado de constitucionalidade. As evidências empíricas indicam que os atores originalmente excluídos da jurisdição constitucional são os que buscam o ingresso na forma de amigos da corte, haja vista a vedação expressa de intervenção de terceiros nos processos tipicamente objetivos de controle de constitucionalidade” (MEDINA, Damares. Ob. Cit., p. 118).

³⁶⁷ ADIN n.º 2.130-3 SC, rel. Min. Celso de Mello, Informativo STF n.º 215, DJ 02.02.2001.

³⁶⁸ ADIN n.º 2.223-DF, rel. Min. Marco Aurélio, Informativo n.º 246.

³⁶⁹ ADIN n.º 2.540-RJ, rel. Min. Celso de Mello, DJ 08.08.2002, p. 00020.

³⁷⁰ ADIN n.º 1.104-9, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 29.10.2003, p. 00033.

A partir do quadro traçado, surgem as demais questões processuais correlatas, com ênfase para o momento processual destinado a essas formas de intervenção e ainda as prerrogativas processuais do *amicus curiae*.

Como já foi dito, no âmbito das ações diretas de inconstitucionalidade, o § 2º do art. 7º da Lei n.º 9.868/1999 dispõe que o relator poderá, “por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”. Ocorre que, ao fazer alusão ao parágrafo anterior, tem-se que aquele foi vetado (§ 1º do art. 7º da Lei n.º 9.868/1999), sendo que o seu texto dispunha que “os demais titulares referidos no art. 2º poderão manifestar-se por escrito, sobre o objeto da ação e pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais”. E, por sua vez, o prazo das “informações” está disposto no art. 6º, § único, do referido diploma legal, prevendo que “as informações serão prestadas no prazo de 30 (trinta) dias, contado do recebimento do pedido”. Contudo, após certa hesitação na jurisprudência do STF, ficou assentado que o ingresso *voluntário* de amigos da Corte só é possível até entrada do processo em pauta³⁷¹; leia-se: até o momento em que o processo é encaminhado pelo relator para inclusão na pauta de julgamentos. Diversa é a situação do ingresso *requisitado* por parte do relator ou com vistas a participar de audiências públicas. Neste caso, incidem as regras do art. 9º, §§ 1º e 2º, e art. 20, §§ 1º e 2º, da Lei n.º 9.868/1999, com o destaque para os momentos em que o relator pode se utilizar de tais faculdades. A participação de

³⁷¹ EMENTA: “Agravio regimental. Ação direta de inconstitucionalidade manifestamente improcedente. Indeferimento da petição inicial pelo Relator. Art. 4º da Lei nº 9.868/99. 1. É manifestamente improcedente a ação direta de inconstitucionalidade que verse sobre norma (art. 56 da Lei nº 9.430/96) cuja constitucionalidade foi expressamente declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, mesmo que em recurso extraordinário. 2. Aplicação do art. 4º da Lei nº 9.868/99, segundo o qual ‘a petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator’. 3. A alteração da jurisprudência pressupõe a ocorrência de significativas modificações de ordem jurídica, social ou econômica, ou, quando muito, a superveniência de argumentos nitidamente mais relevantes do que aqueles antes prevalecentes, o que não se verifica no caso. 4. O *amicus curiae* somente pode demandar a sua intervenção até a data em que o Relator liberar o processo para pauta. 5. Agravio regimental a que se nega provimento” (STF - ADIN 4.071 – Rel. Min. Menezes Direito - j. 22.04.2009 – DJ 16.10.2009, julgado por maioria [6 vs 3]).

terceiros nas audiências dar-se-á na forma estipulada pelo relator, com as regras próprias que venham a atender à especificidade de cada situação concreta³⁷².

Em relação à *irrecorribilidade* da decisão monocrática proferida pelo relator no controle concentrado, poder-se-ia argumentar que “irrecorrível” é a decisão que *admite* a intervenção do *amicus curiae*; assim, para a decisão *denegatória*, reservar-se-iam os agravos regimentais voltados à impugnação deste tipo de comando

³⁷² Neste particular, conforme lembrado por Damares MEDINA, o procedimento adotado pela Ministra Carmen Lúcia, relatora da ADPF n.º 101, envolvendo os atos normativos do Departamento de Operações de Comércio Exterior – DECEX, Secretaria de Comércio Exterior – SECEX e resoluções do CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente, no tocante à importação de pneus usados, buscou privilegiar o **tratamento igualitário** aos envolvidos na controvérsia. Com efeito, diante do número de postulantes e requerimentos formulados na condição de amici curiae, a Ministra relatora designou audiência pública para oitiva dos envolvidos: “(...) Por isso, determino a realização de audiência pública, nos termos do § 1º do art. 6º da Lei n.º 9.882/99, a ocorrer no dia 27 de junho de 2008, na Sala de Sessões da 1ª Turma, das 10:00 às 12:00 horas e das 14:00 às 16:00 horas, na forma assim designada: 6.1. Os amici curiae admitidos e que manifestarem interesse em indicar especialistas para participar da audiência pública deverão fazê-lo pelo endereço eletrônico adpf101@stf.gov.br, até o dia 20.6.2008, consignando a tese que defendem; 6.2. A relação dos inscritos habilitados a participar da audiência pública estará disponível no portal deste Supremo Tribunal Federal a partir dia 21.6.2008; 6.3. Se for grande o número de especialistas inscritos e não se chegar ao consenso entre os interessados para a escolha dos que se manifestarão sobre cada uma das teses, serão sorteados 4 representantes de cada grupo, no início da audiência pública, para que cada expositor sorteado apresente-se da tribuna por, no máximo, 20 minutos; 6.4. Na abertura da audiência pública, o Argüente terá a palavra em primeiro lugar, pelo prazo de 20 minutos. Na seqüência, será sorteada a ordem dos expositores dos grupos, cuja manifestação alternará segundo a tese defendida; 6.5. Apresentados os grupos, será dada a palavra ao Procurador-Geral da República por, no máximo, 20 minutos; 6.6. O conteúdo das apresentações será transmitido pela TV e Rádio Justiça e pelas demais transmissoras que assim o requererem. 7. Quaisquer documentos referentes à presente Arguição poderão ser encaminhados pela via impressa e eletrônica, para o endereço adpf101@stf.gov.br. 8. Intime-se o Argüente para a audiência pública. 9. Como garantia do princípio da igualdade das partes em juízo e à exeqüibilidade da audiência pública, faculto a remessa dos documentos pela via eletrônica para o endereço adpf101@stf.gov.br, os quais ficarão disponíveis no portal deste Supremo Tribunal Federal. 10. Oficie-se à Secretaria de Administração, à Secretaria de Tecnologia da Informação, à TV e à Rádio Justiça, para disponibilizar equipamentos e pessoal de informática, taquigrafia, som, imagem, segurança e outros suportes necessários para a realização do evento. 11. Expeçam-se, ainda, convites aos Excelentíssimos Senhores Ministros deste Supremo Tribunal Federal para, querendo, integrar a mesa e participar da audiência pública. Publique-se” (MEDINA, Damares. Ob. Cit., p. 82/83).

decisório³⁷³. Em prol da aventada “recorribilidade” e permissibilidade para a “impugnação” da decisão *denegatória*, poder-se-ia ainda argumentar com o fato de que o art. 6º, § 2º, da Lei n.º 9.868/1999, ao dispor acerca da matéria no tocante à ação declaratória de constitucionalidade, não criou nenhuma ressalva a respeito do não cabimento de recursos em face da decisão que veio a obstar a manifestação de terceiros interessados.

E, no que se refere às prerrogativas processuais do *amicus curiae*, cabe destacar que o art. 7º, § 2º, confere-lhe *status* de um terceiro especial, com direito a ingressar formalmente na relação processual, pela juntada de sua manifestação escrita aos autos: “... o ordenamento positivo brasileiro processualizou a figura do *amicus curiae* (Lei n.º 9.868/99, art. 7º, § 2º), permitindo que terceiros – desde que investidos de representatividade adequada – possam ser admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional (...)”³⁷⁴. Deste modo, tem-se entendido que o *amicus curiae* recebe o feito no estado em que este se encontra quando de sua admissão. Desde que não tenha se iniciado o julgamento final da causa, poderá ele requerer as providências *instrutórias* que lhe parecerem relevantes para o deslinde da questão constitucional³⁷⁵.

Todavia, com exceção das hipóteses de intervenções *provocadas* (leia-se: instadas pelo órgão julgador), a manifestação de *amicus* está jungida à observância

³⁷³ “O principal argumento para não se admitir a interposição de recurso pelo *amicus curiae* contra o indeferimento de sua intervenção residiria na inexistência de interesse subjetivo do terceiro em participar do feito, o que levaria a uma inexistência de interesse subjetivo também no controle dessa decisão. Entretanto, ao ingressar como *amicus curiae*, o terceiro não deduz nem defende interesse próprio, mas sim o interesse de toda a coletividade. Assim, seu interesse em participar nesses casos é o interesse da própria coletividade, o qual a lei lhe outorgou o poder de defender. (...) Em conclusão, pensamos que se deve reconhecer a legitimidade recursal do *amicus curiae*, especificamente para fins de impugnar a decisão que indefere sua intervenção e as decisões sobre a forma, conteúdo e extensão do seu agir. A legitimidade decorreria de uma perspectiva potencial, ou seja, é legitimado a recorrer daquela decisão porquanto é legitimado a pleitear sua intervenção. O interesse, de outra parte, adviria de uma perspectiva concreta e atual, ou seja, o efetivo indeferimento ou limitação de sua intervenção” (DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. Ob. Cit., p. 155-162). Vide ainda, neste particular, a opinião de Cassio S. BUENO, *favorável* ao cabimento do agravo na modalidade *interna* para efeitos de impugnação da decisão *monocrática* de *indeferimento* da participação do *amicus curiae* (BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. Cit., p. 171).

³⁷⁴ ADIN n.º 2.130-3 SC, rel. Min. Celso de Mello, Informativo STF n.º 215, DJ 02.02.2001.

³⁷⁵ “Não há como negar possa o *amicus* tomar a iniciativa de requerer ao relator da ação providências instrutórias, fundamentando-se, para tanto, nos arts. 9º e 10 da Lei 9.868/99” (BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. Cit., p. 173).

dos requisitos concernentes com a exigência de capacidade *postulatória*, impondo-se a representação por meio de advogado³⁷⁶.

Disto decorre ainda, como é de se supor, a possibilidade de sustentação oral por parte dos procuradores constituídos, que venham a representar os interesses de grupos de classe, categorias etc. Com efeito, desde 2003, o Supremo passou admitir a sustentação oral pelos advogados de *amici curiae* regularmente habilitados: “(...) a atuação processual do amicus curiae não deve limitar-se à mera apresentação de memoriais ou à prestação eventual de informações que lhe venham a ser solicitadas. Essa visão do problema (...) culminaria por fazer prevalecer, (...) incompreensível perspectiva reducionista, que não pode (nem deve) ser aceita por esta Corte, sob pena de total frustração dos altos objetivos políticos, sociais e jurídicos visados pelo legislador (...)”³⁷⁷.

A possibilidade do *amicus* interpor recursos em face das decisões proferidas no contencioso constitucional é defendida por Dirley da CUNHA JR.³⁷⁸ e ainda por Luis Sérgio Soares MAMARI FILHO³⁷⁹. Na mesma linha, Cassio Scarpinella BUENO - apesar de reconhecer que para tal hipótese não há previsão legal expressa -,

³⁷⁶ “Nos casos em que a oitiva do *amicus* é determinada pelo magistrado porque ele entende oportuna a oitiva do *amicus* (intervenção provocada), parece-nos que a presença do advogado deve ser descartada. Nesses casos, acreditamos, a função *instrutória* do *amicus* deve ceder espaço a qualquer outro elemento, viabilizando, com isso, que o *amicus* apresente-se diretamente perante o juiz. A dispensa do advogado nestes casos justifica-se, acreditamos, porque o *amicus curiae* não está, propriamente, *postulando* perante o magistrado. (...) Nada impede, evidentemente, que, mesmo nesses casos, o *amicus curiae* compareça em juízo munido de advogado, o que, muito provavelmente, será observado na prática do foro. O que não deve ocorrer, a qualquer título, nos casos de intervenção provocada, é a vedação do *amicus* de atender à solicitação do magistrado independentemente da constituição de um advogado. Até porque há um *custo* envolvido na contratação de um profissional da advocacia, o que poderia causar, por si só, obstáculo à manifestação do *amicus*, que, em última análise, só comparece a juízo por determinação do magistrado, assim entendida a necessidade e a oportunidade que o juiz sente da oitiva de um *expert* em determinado assunto, aqui corporificado no *amicus*” (BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. Cit., p. 550-551).

³⁷⁷ ADIN nº 2.777-SP, rel. Cezar Peluso.

³⁷⁸ CUNHA JR., Dirley da. A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade – a intervenção do particular, do co-legitimado e do *amicus curiae* na ADIN, ADC e ADPF. In **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. Coordenadores Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 167.

³⁷⁹ MAMARI FILHO, Luis Sérgio Soares. **A comunidade aberta de intérpretes da constituição: o amicus curiae como estratégia de democratização da busca do significado das normas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 99-100.

defende a possibilidade de interposição de recurso, por parte de *amici curiae*, contra as *liminares* concedidas no controle de constitucionalidade, bem como ainda em face das decisões *finais*³⁸⁰. Em sentido contrário, Fredie DIDIER JR afirma que a participação do *amicus curiae* consubstancia-se em mero apoio técnico ao magistrado, não vislumbrando a possibilidade de interposição de recurso por parte daquele³⁸¹. E, nessa vertente, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que “entidades que participam na qualidade de *amicus curiae* dos processos objetivos de controle de constitucionalidade, não possuem legitimidade para recorrer, ainda que aportem aos autos informações relevantes ou dados técnicos”³⁸². Com efeito, “a maioria dos ministros do STF não admite a legitimidade recursal do *amicus curiae*; os votos vencidos dos Ministros Carlos Ayres e Gilmar Mendes admitem o oferecimento de recurso em caso de produção de sustentação oral”³⁸³.

Por derradeiro, ao se sustentar que, via de regra, o *amicus curiae* é norteado apenas pela defesa de um interesse *institucional*, é de se concluir que ele não está adstrito ao alcance da coisa julgada *material* na acepção clássica do instituto³⁸⁴. Ou seja, considerando a regra do art. 472 do CPC, a coisa julgada forma-se apenas em relação às “partes” *originárias* do processo. No entanto, o tema será retomado nos tópicos finais do presente estudo, haja vista que a regra do art. 469 do CPC parece não se adequar plenamente ao manejo das técnicas de julgamento que compõem o controle de constitucionalidade contemporâneo.

³⁸⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. Cit., p. 172.

³⁸¹ “Não se encaixa, esta figura, em nenhuma das hipóteses previstas no art. 499 do CPC” (DIDIER JR., Fredie. **Recurso de terceiro: juízo de admissibilidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 158).

³⁸² STF – Tribunal Pleno – ADI-ED n.º 2.591/DF – Rel. Min. Eros Grau – DJ 13.04.2007 – p. 83.

³⁸³ MEDINA, Damares. Ob. Cit., p. 77.

³⁸⁴ “A tendência que observamos é a de destacar que uma das ‘vantagens’ da intervenção do *amicus*, ao menos se comparada com algumas das espécies de intervenção de terceiro conhecidas por aquele ordenamento, é que ele, *amicus*, não fica sujeito à coisa julgada. O *amicus* pode, justamente por isso, reapresentar, em processo futuro, os mesmos argumentos e as mesmas informações que, em processo anterior, foram examinadas e rejeitadas. (...) Não há como reconhecer, mesmo que analisada a questão do ponto de vista subjetivo, em que condições possa ficar o *amicus curiae* sujeito à coisa julgada. A razão é a mesma sobre a qual temos insistido. Não há nada ‘seu’ deduzido em juízo, pelo que nada do que for decidido no processo lhe diz respeito diretamente” (BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. Cit., p. 589-590).

Por fim, não está o *amicus curiae* sujeito às verbas sucumbenciais (honorários advocatícios e(ou) custas processuais), haja vista a flagrante ausência de *causalidade*. Não há como pretender alcançá-lo pela regra do art. 32 do CPC³⁸⁵. Com efeito, a sua atuação não é necessariamente vinculada a nenhuma das partes, razão pela qual não responde pelos ônus sucumbenciais³⁸⁶, e ademais, a incidência destas verbas é estranha ao universo do controle concentrado de constitucionalidade.

³⁸⁵ Com efeito, Cassio Scarpinella BUENO afirma que, em função da defesa de um interesse institucional, tal situação “por si só, afasta do *amicus curiae*, independentemente da razão de sua intervenção, qualquer responsabilidade pelas custas e despesas do processo, incluindo os honorários de advogado” (BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. Cit., p. 597).

³⁸⁶ “Entretanto, é possível que a intervenção do *amicus curiae* dê origem a um *incidente processual* ou mesmo a um recurso, passível de gerar condenação no pagamento das despesas (CPC, art. 20, § 1º). Frise-se: *das despesas*, e não dos honorários advocatícios, que somente serão devidos com a decisão que puser fim ao processo. Assim, caso qualquer das partes impugne a intervenção do *amicus curiae*, caberá ao juiz decidir a questão incidente por meio de decisão interlocutória, desafiável por recurso de agravo” (DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. Ob. Cit., p. 149-150).

2.2. A pluralização do debate constitucional.

2.2.1. A pluralização do debate e a importância do papel desempenhado pelos *amici curiae*.

Como é de se aceitar, o propósito almejado com a participação de *amicus curiae* em todas as hipóteses *interventivas* relacionadas com a jurisdição constitucional, consiste na possibilidade de *pluralização* do debate constitucional, permitindo que o Tribunal venha a tomar conhecimento, sempre que julgar relevante, dos elementos informativos e das razões constitucionais daqueles que, embora não tenham legitimidade para deflagrar o processo, são destinatários diretos ou mediatos da decisão a ser proferida. Sem prejuízo da importância das demais modalidades *interventivas* arroladas acima, interessam, particularmente, para as conclusões do presente trabalho, as manifestações de terceiros no cenário da jurisdição constitucional.

Assim, a aceitação dessas manifestações *interventivas* por parte de *amicus curiae* coaduna-se com a idéia de *abertura* da interpretação constitucional (“sociedade aberta dos intérpretes”, na leitura de Peter HÄBERLE), conferindo a terceiros o papel protagônico de partícipes da tarefa de interpretação e realização do texto constitucional³⁸⁷. Aliás, do ponto de vista metodológico, quanto mais amplo o círculo das pessoas afetadas, maiores deverão ser as possibilidades participativas. Afinal, “afigura-se evidente que requerentes e requeridos perseguem objetivos diversos no processo constitucional e, por isso, hão de eleger métodos diferenciados de interpretação, procurando abrigar o conteúdo da controvérsia dentro desses diferentes modelos ou métodos”³⁸⁸.

³⁸⁷ “A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade” (HÄBERLE, Peter. Ob. Cit., p. 13).

³⁸⁸ HÄBERLE, Peter. Ob. Cit., p. 51.

Portanto, a teorização emprestada por HÄBERLE - adotada no percurso desta tese - está assentada numa matriz *democrática*³⁸⁹, consentânea com a proteção externada para os direitos fundamentais de *participação*³⁹⁰.

Cabe observar, neste sítio, que a idéia de abertura na interpretação constitucional não é inconciliável com o princípio da *unidade* da Constituição e, tampouco, com a noção de sistema constitucional³⁹¹, os quais são predispostos a orientar a compreensão do intérprete no tocante à correlação entre princípios e regras. Com efeito, o postulado da *unidade* da Constituição não é incompatível com

³⁸⁹ Não por outra razão, Claudio Pereira de SOUZA NETO argumenta que: "Contudo, "circunscrever o discurso de justificação ao princípio democrático não implica sustentar a impossibilidade de se argumentar contramajoritariamente. O argumento majoritário se legitima, sob o prisma democrático, quando a restrição constitucional da vontade das maiorias ordinárias se der em benefício da própria manutenção ou promoção da democracia. É o que ocorre quando as cortes constitucionais controlam a constitucionalidade das leis para garantir a integridade do estado de direito, pois este é, sob o prisma democrático-deliberativo, uma precondição da democracia. Ao restringir decisões majoritárias em favor, p. ex., da liberdade de expressão, o judiciário não está violando a soberania popular, mas garantindo que a democracia continue em vigor. O recurso ao princípio democrático pode, assim, superar um problema central da teoria constitucional contemporânea: o problema da relação entre os poderes em um estado democrático de direito" (SOUZA NETO, Claudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006. p. 07).

³⁹⁰ "No Estado constitucional-democrático coloca-se, uma vez mais, a questão da legitimação sob uma perspectiva democrática (da Teoria da Democracia). (...) Numa sociedade aberta, ela se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais (*Grundrechtsverwirklichung*), tema muitas vezes referido sob a epígrafe do 'aspecto democrático' dos Direitos Fundamentais. Democracia desenvolve-se mediante a controvérsia sobre alternativas, sobre possibilidades e sobre necessidades da realidade e também o 'concerto' científico sobre questões constitucionais, nas quais não pode haver interrupção e nas quais não existe e nem deve existir dirigente" (HÄBERLE, Peter. Ob. Cit., p. 36-37). Aliás, "para identificar o conteúdo do direito de participação, contudo, não basta a sua caracterização enquanto direito fundamental, sendo relevante apreciar, ainda que em linhas gerais, a dimensão que o toma como concretizador do princípio do Estado de Direito e do princípio Democrático" (SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na administração pública: o direito de reclamação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 35).

³⁹¹ O tema versado no presente tópico já foi objeto de estudo anterior, resultando na elaboração de **parecer** jurídico firmado pelo autor do presente trabalho em co-autoria com o prof. Paulo Ricardo SCHIER, do qual figurou como "consultante" a ASSEA (ASSEA - Associação dos Efetivados pelo Art. 14 dos Atos das Disposições Transitórias da Constituição do Estado de Santa Catarina).

a *abertura* constitucional³⁹², pois aquele não descarta a noção de *sistema* constitucional e, por conseguinte, da legitimidade de participação conferida às forças plurais da sociedade na difícil tarefa de concretização de *densificação* dos princípios e canônes constitucionais³⁹³. Deveras, a Lei Fundamental tem sido compreendida, com algumas vantagens em relação às ideias fragmentárias e parciais de Constituição, como um sistema *aberto* de regras e princípios³⁹⁴. Aqui, o conceito de *sistema* é emprestado do pensamento de Claus-Wilhelm CANARIS, para quem a ideia básica advinda categoria deve ser buscada em KANT, “que caracterizou o sistema como <<a unidade, sob uma idéia, de conhecimentos variados>> ou, também, como <<um conjunto de conhecimentos ordenado segundo princípios>>” e, na literatura jurídica, em SAVIGNY, que se refere ao sistema como “concatenação interior que liga todos os institutos jurídicos e as regras de Direito numa grande unidade”³⁹⁵.

Há, sem dúvida, nesses conceitos revelados, duas características emergentes: a *ordenação* e a *unidade*. No que respeita à primeira delas, pretende-

³⁹² “A unidade da Constituição surge da conjugação do processo e das funções de diferentes intérpretes. (...) Do ponto de vista teórico-constitucional, a legitimação fundamental das forças pluralistas da sociedade para participar da interpretação constitucional reside no fato de que essas forças representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição (*ein Stück Öffentlichkeit und Wirklichkeit der Verfassung*), não podendo ser tomadas como fatos brutos, mas como elementos que se colocam dentro do quadro da Constituição: a integração, pelo menos indireta, da ‘*res publica*’ na interpretação constitucional em geral é expressão e consequência da orientação constitucional aberta no campo de tensão do possível, do real e do necessário (*‘in das Spannungsfeld des Möglichen, Wirklichen und Notwendigen gestellten Verfassungsverständnisses*’). Uma Constituição, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública (*Öffentlichkeit*), dispondo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las enquanto sujeitos” (HÄBERLE, Peter. Ob. Cit., p. 32-33).

³⁹³ “A densificação dos princípios constitucionais não resulta apenas da sua articulação com outros princípios ou normas constitucionais de maior densidade de concretização. Longe disso: o *processo de concretização constitucional* assenta, em larga medida, nas densificações dos princípios e regras constitucionais feitas pelo legislador (*concretização legislativa*) e pelos órgãos de aplicação do direito, designadamente os tribunais (*concretização judicial*), a problemas concretos. Qualquer que seja a indeterminabilidade dos princípios jurídicos, isso não significa que eles sejam imprevisíveis. Os princípios não permitem opções livres aos órgãos ou agentes concretizadores da constituição (*impredictibilidade dos princípios*); permitem, sim, projecções ou irradiações normativas com um certo grau de discricionariedade (*indeterminabilidade*), mas sempre limitadas pela juridicidade objectiva dos princípios. Como diz Dworkin, o ‘direito – e, desde logo, o direito constitucional – descobre-se, mas não se inventa’ (CANOTILHO, J.J. Gomes. Ob. cit., 1.183).

³⁹⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. Ob. cit., 1.162.

³⁹⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989. p. 10-11.

se exprimir com tal atributo um estado de coisas intrínseco, racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade. No que toca à *unidade*, verifica-se que este fator modifica o que resulta já da ordenação, por não permitir uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas, antes devendo deixá-las reconduzir-se a uns quantos princípios fundamentais. Assim, o postulado da *unidade* da Constituição reporta-se a uma dupla dimensão. Vale dizer: a dimensão *material* (ou de sentido), a partir da qual se deve afirmar que tudo que está contido na Lei Fundamental encontra-se em relação, ou seja, todos os princípios e regras constitucionais dialogam entre si. Quando se insere algum texto normativo no sistema, altera-se a sua totalidade; o mesmo fenómeno ocorre quando se retira algum texto dele. Assim, o conteúdo da normatividade constitucional somente pode ser compreendido pela sua totalidade, “a totalidade da Constituição como um arcabouço de normas”³⁹⁶. Mas há também a dimensão *formal* da unidade, qual seja, a da unidade hierárquico-normativa da Constituição, de sorte que todos os preceitos constitucionais, de regras ou princípios, encontram-se no mesmo patamar de hierarquia. Não há, na Constituição, uma escala hierárquica de valores ou de princípios. Em suma: toda normatividade constitucional deve ser lida nesta perspectiva³⁹⁷.

Nessa linha de raciocínio, portanto, é de se adiantar que a concepção *sistemática* da Constituição não afasta a necessidade de densificação das normas e dos princípios constitucionais por parte dos tribunais encarregados de sua aplicação. Deste modo, a individualização desses princípios e regras constitucionais e a exigência de otimização dessas normas coaduna-se com critérios de concordância, ponderações, compromissos e conflitos, razão pela qual a *abertura* para a interpretação advinda de outros atores e agentes deve estar permeada pelos “instrumentos processuais e procedimentais adequados, possibilitadores da concretização, densificação e realização prática (política, administrativa e judicial) das mensagens normativas da Constituição”³⁹⁸.

³⁹⁶ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 84.

³⁹⁷ Vide, neste sentido: BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 181-198.

³⁹⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. Ob. cit., 1.163.

2.2.2. Pluralismo e participação.

a) O pluralismo e as sociedades contemporâneas.

O *pluralismo* é uma das marcas das democracias contemporâneas. Entretanto, é possível compreendê-lo a partir de duas matrizes distintas (i) ora se pode utilizá-lo para descrever a *diversidade* de concepções individuais acerca dos modos de vida, (ii) ora se tem o emprego desta categoria para assinalar a multiplicidade de identidades sociais, específicas e culturalmente válidas, em determinado contexto histórico. Com efeito, Gisele CITTADINO aponta que:

No âmbito da filosofia política contemporânea, os representantes do pensamento liberal – John Rawls, Ronald Dworkin e Charles Larmore, dentre outros – adotam o primeiro significado do pluralismo e descrevem as democracias modernas como sociedades onde coexistem distintas concepções individuais acerca do bem. Quanto à segunda significação do pluralismo, são os representantes do pensamento comunitário, Charles Taylor e Michel Walzer, dentre outros, que a utilizam para salientar a multiplicidade de identidades sociais e de culturas étnicas e religiosas que estão presentes nas sociedades contemporâneas. De outra parte, Jürgen Habermas – debatendo com liberais e comunitários e representando o que aqui designamos por pensamento crítico-deliberativo – acredita as duas dimensões do pluralismo – isto é, a diversidade das concepções individuais acerca da vida digna e a multiplicidade de formas específicas de vida que compartilham valores, costumes e tradições – estão presentes nas democracias contemporâneas e não há como optar por uma em detrimento da outra. No entanto, e a despeito das diferentes maneiras através das quais descrevem e compreendem as sociedades democráticas contemporâneas, liberais, comunitários e crítico-deliberativos acreditam que é possível formular e justificar um ideal de justiça – especialmente de justiça distributiva – adequado ao pluralismo do mundo moderno³⁹⁹.

Não é oportuno e tampouco apropriado aprofundar, na via do presente estudo, o debate entre as diferentes concepções de justiça, bem como as idéias defendidas pelas correntes *interpretativistas* e o debate traçado com os

³⁹⁹ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009. p. 01/02.

comunitaristas⁴⁰⁰, nas questões concernentes à realização dos direitos fundamentais. O enfoque conferido ao *pluralismo* é guiado apenas pela perspectiva de que a concretização normativa⁴⁰¹ se dá pela via de uma interpretação que alcança extensos segmentos da realidade social, razão pela qual, impõe-se o alargamento dos círculos de intérpretes da Constituição.

Daí porque, de acordo com Peter HÄBERLE, a interpretação constitucional deve ser compreendida como um *proceso público*⁴⁰², com possibilidades de

⁴⁰⁰ "No que diz respeito aos liberais, na medida em que o pluralismo está associado à compreensão das democracias contemporâneas como sociedades onde há uma multiplicidade de concepções individuais a respeito do bem, o ideal de justiça delineado busca assegurar a cada indivíduo a realização do seu projeto pessoal de vida. Ao mesmo tempo, é possível conformar, segundo os liberais, uma concepção de justiça que, a despeito do 'fato do pluralismo', de que fala Rawls – ou do 'desacordo razoável' para usar a expressão de Charles Larmore – possa não apenas garantir a autodeterminação moral dos indivíduos, mas também ser compartilhada por todos. Por seu turno, a argumentação comunitária se volta precisamente contra esta ideia liberal de que é possível elaborar uma concepção de justiça que represente uma solução imparcial dos conflitos de interesse. Ao descrever as democracias contemporâneas como sociedades em que o pluralismo se caracteriza pela diversidade de identidades sociais e culturais, os comunitários – adotando uma metodologia particularista – pretendem conformar uma concepção de justiça que não se vincula à ideia de imparcialidade, mas, ao contrário, ao estabelecimento de um consenso ético, fundado em valores compartilhados. Finalmente, em seu diálogo com liberais e comunitários, Habermas – de vez que recorre a uma concepção de pluralismo que inclui não apenas as subjetividades das concepções individuais acerca da vida digna, mas também as intrassubjetividades das identidades sociais e culturais – não tem a necessidade de estabelecer qualquer relação de prioridade ou ordenação hierárquica entre a autodeterminação moral defendida pelos liberais e autorrealização ética, tão cara aos comunitaristas. Ao contrário, Habermas pretende demonstrar que a autonomia privada – vinculada à autodeterminação moral – e a autonomia pública, associada à de uma sociedade 'pós-convencional' – em que tanto as concepções individuais relativamente ao bem, como os valores que configuram as identidades sociais devem ser submetidos a um amplo debate público, que estabelecerá as normas cujos destinatários serão os seus próprios autores –, Habermas, tanto quanto Rawls, recorre a uma metodologia construtivista e compartilha com os liberais a ideia de que é possível conformar um ponto de vista moral imparcial que, no seu caso, se traduz nas regras procedimentais de uma ampla prática argumentativa" (CITTADINO, Gisele. Ob. Cit., p. 05/07).

⁴⁰¹ "Com efeito, o conceito de 'domínio normativo' formulado por Friedrich Muller revela precisamente esta primazia: a concretização normativa apenas se dá pela via de uma interpretação que ultrapassa o texto da norma jurídica e atinge uma parte da realidade social enquanto práxis que inclui o processo legislativo, a atuação dos órgãos do governo, a administração da justiça, etc. O 'domínio normativo', portanto, além de incluir o texto da norma jurídica, incorpora ainda fatores normativos, de caráter material" (CITTADINO, Gisele. Ob. Cit., p. 30).

⁴⁰² "La interpretación o exégesis constitucional es un proceso público, es decir, un proceso como tal que además debe seguir cara al futuro. Aquí partimos de la idea de formación y de transformación que existe conscientemente en la sociedad abierta de la que formamos parte, que es por la que llegamos al concepto de 'sociedad abierta de intérpretes constitucionales' como su más lógica consecuencia, y en la que se dan 'procesos públicos muy complejos' entre los cuales los más concretos son aquellos procesos constitucionales que se refieren a controversias del ámbito científico jurídico y de la propia comunidad ciudadana, si bien ésta, vista en conjunto, tan solo representa un sector de su totalidad" (HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta**. Trad. Emilio Mikunda-Franco, Madrid: Editorial Tecnos, 2002. p. 89).

fundamentação do *pluralismo* a partir de uma matriz jurídica. Para o autor tedesco, o conceito de *interpretação* ou *exegese constitucional* abarca, em sentido *estricto*, os *processos jurídicos correntes* ventilados perante os tribunais; mas, em sentido *amplo*⁴⁰³, desdobra-se naquelas conexões reveladas pelos cidadãos – que podem se fazer presentes de forma ativa e passiva – e que são capazes de revitalizar a própria Lei fundamental. Assim, a exegese constitucional em sentido amplo não pode ser identificada como mero sinônimo de interpretação “política”.

Interessante destacar que, para HÄBERLE, o caráter *público* e *plural* da exegese constitucional deve abarcar não apenas os “interesses organizados”, mas, a falta de poder ou coalizão dos interesses “não organizados” (ou *difícilmente* organizados)⁴⁰⁴. Na mesma linha de raciocínio, R. Ives BRAGHITTONI afirma que o “Judiciário, com sua ramificação no recebimento de demandas, pode também dar voz a anseios e aspirações de grupos pequenos, ou pouco organizados (e até de pessoas individualmente!), algo que os demais poderes não poderiam fazer. Isso dá à atuação jurisdicional um potencial de legitimação democrática fabuloso, que só

⁴⁰³ “*Exégesis constitucional en ‘sentido amplio’ (para poder distinguirla de su outro sentido más restringido o estricto), acentuado a nivel personal, significa a la vez enterdela en su conjunto, o sea, tomar muy en serio a los derechos fundamentales de todos junto con la propia democracia plural, y ello tanto en la teoría como en la práctica, ya que ‘intérpretes constitucionales en el sentido amplio’ son aquellos que legitiman básica, teórica y democráticamente la ‘democracia ciudadana’ incluso a nivel puramente doctrinal’. Dentro de una comunidad plural de ciudadanos su ámbito general teórico-práctico, por tanto, tendrá que permanecer ‘siempre abierto’ al abarcar al de la ‘exégesis teórica en su sentido más estricto’, todo ello de forma también abierta en todo caso, ya que sería de hecho más que cuestionable que la propia sociedad de intérpretes constitucionales permaneciera ‘cerrada en sentido estricto’, al par que simultáneamente permaneciera ‘abierta en sentido amplio’, limitándose ambos sentidos recíprocamente tanto desde dentro como desde fuera’* (HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, p. 90-91).

⁴⁰⁴ “*Su espectro al efecto abarcaría, por tanto, desde el poder de los ‘intereses organizados’ hasta la ‘falta de poder de intereses no organizados’, o difícilmente organizables en su propio contexto social (como es el de los testigos de Jehová, los trabajadores emigrados, los usuarios, los pequeños ahorradores, etc.), que además necesitan que se les tenga mucho más en cuenta a través de dicha exégesis por tratarse de minorías que, si bien representan intereses generales, de hecho se hallan desvinculadas de todo poder’* (HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, p. 95). Ainda nesta diretriz, Rodrigo Murad do PRADO sugere que as camadas menos favorecidas e minorias dispersas possam se fazer ouvir no contencioso constitucional: “Assim, as camadas sociais menos abastadas e que, de alguma forma, poderão sofrer direta ou indiretamente com os efeitos objetivos e subjetivos da decisão que será proferida pelo Supremo Tribunal Federal, representadas pelas associações de moradores de favelas e bairros, sindicatos representantes de categorias profissionais de baixa renda ou com pouca força política, entidades estudantis, órgãos representativos de pessoas portadoras de deficiências físicas e psíquicas, ouvidorias no âmbito municipal, estadual e federal e as Defensorias Públicas, poderão participar ativamente da formação cognitiva de um processo de controle abstrato de constitucionalidade das leis e atos normativos federais, através da flexibilização e ampliação da figura do amigo da corte” (PRADO, Rodrigo Murad do. *Ob. Cit.*, p. 144-145).

mesmo sua estrutura única poderia oferecer”⁴⁰⁵. Nessa mesma linha de raciocínio, descrevendo a projeção e o alcance dos chamados processos *estruturais* decorrentes da atuação *burocrática* do Estado americano, nota-se a preocupação de Owen FISS com relação à oitiva de grupos, minorias étnicas ou raciais etc., chamando atenção para a dificuldade de criação de um consentimento legítimo de todos aqueles que são alcançados pelos interesses *transcendentes* destas demandas: “Alguns desses grupos, como as minorias étnicas ou raciais, internos de uma prisão ou de instituições para deficientes mentais, podem ter uma identidade ou existência que transcenda a ação judicial, mas não têm qualquer estrutura de organização formal, faltando-lhes, assim, quaisquer procedimentos para a criação de consentimento legítimo”⁴⁰⁶.

Dito de outra maneira, trata-se de descortinar novas perspectivas de compreensão e práxis no âmbito dos processos jurídico-constitucionais, como forma de se obter uma interpretação constitucional de cunho autenticamente plural e fazê-la efetiva. É a partir deste cadiz que se pode emprestar outros sentidos para a expressão *opinião pública*⁴⁰⁷. Com efeito, para HÄBERLE, a interpretação constitucional deve ser vista como um processo *público e plural*, formando a base de

⁴⁰⁵ BRAGHITTONI, R. Ives. Ob. Cit., p. 73.

⁴⁰⁶ FISS, Owen. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Coordenação da tradução Carlos Alberto de Salles, Trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 130.

fundamentação de uma “democracia cidadã”⁴⁰⁸, de sorte que são vários os aspectos procedimentais capazes de contribuir com uma exegese constitucional orientada

⁴⁰⁷ “Las ‘cristalizaciones de lo público’, es decir, los puntos de partida para lograr una ‘concienciación de lo público y de su pluralismo’ - que forman la interpretación constitucional en si -, son algo ciertamente muy complejo puesto que ni pueden ser sistematizadas de forma definitiva ni tampoco lo consiguen siquiera acudiendo a los medios o a sus intermediarios respectivos, es decir, ni acudiendo a los propios partícipes en su interpretación o exégesis desde el ámbito público. (...) La comprensión e incluso la ‘autocomprensión’ de ciertos grupos sociales, como partidos políticos, sindicatos, gremios profesionales, prensa y otros medios – incluso cuando se personan ante los tribunales o extrajudicialmente -, y cualquier otro tipo de ‘objetivaciones’ de cuantos elementos forman la opinión pública, como las de los partidos políticos (...), todas ellas podrían ser aquí perfectamente subsumidas, al igual que las declaraciones gubernamentales o las de los discursos debidos a homenajes de asociaciones profesionales, como los colegios de médicos, o las producidas ante iniciativas ciudadanas de protesta incluso en forma artística, forma que también surge aún en cuestiones medioambientales, (...) como tampoco las manifestaciones procedentes del mundo científico, ya que todo ello constituye, en el ámbito de lo jurídico, lo que podríamos denominar una ‘segunda’ o incluso ‘tercera opinión pública’, que abarca en su seno las opiniones de profesores, sus monografías, controversias, etc., todas ellas manifestadas de forma igualmente pública y que representan algo ‘materialmente’ pasajero frente a su ulterior exégesis constitucional, exégesis surgida teniendo en cuenta la pluralidad de los restantes elementos constituyentes. Consecuentemente, por tanto, que existe tipo alguno de constitución sin una interpretación pública de cuño plural, ni tampoco la desvinculada de sus propios contextos” (HÄBERLE, Peter. Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta, p. 96-97).

⁴⁰⁸ “El trasfondo teórico de una interpretación constitucional, entendida como proceso público y plural, forma al mismo tiempo la base de fundamentación democrática de toda comunidad en libertad, por lo bien podría transcribirse como ‘democracia ciudadana’ y, al considerarla de este modo, entenderla asimismo como ‘rechazo de cualquier tipo de concepción de la democracia según se entiende en las llamadas democracias populares’. Expresar las consecuencias del carácter público procesal de la exégesis constitucional es algo que puede hacerse a través de varios ejemplos tomados a nivel procedimental. Así, en la praxis que constituye el soporte propio de la ‘jurisprudencia constitucional federal’ alemana, en la que el susodicho tribunal actúa mediante auditorías públicas ‘de cuño plural’, vemos que ya se han manifestado abiertamente a través de amplios procesos que reflejan sus decisiones. Sin embargo, también allí aparecen ciertos déficits imposibles de silenciar, toda vez que el Tribunal Constitucional alemán no solo logra el principio de publicidad mediante su respectivo Derecho procesal, sino que hace un uso óptimo del mismo – un uso, por otra parte, frente al que los respectivos magistrados constitucionales también deberían poder manifestarse públicamente antes de su propia elección, como así es el caso en el Senado norteamericano” (HÄBERLE, Peter. Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta, p. 97).

pela pluralidade de opiniões sociais⁴⁰⁹. Afinal, as sociedades inclusivas são paulatinamente marcadas pelo signo da incorporação de camadas e segmentos sociais que, em outros tempos, foram alijadas das conquistas civilizatórias e dos procedimentos judiciais. Não por outra razão, os novos movimentos sociais refogem aos estereótipos tradicionais de legitimação processual e estão a reclamar por uma nova leitura dos seus espaços de participação, condizentes com sua capacidade de mobilização social e política⁴¹⁰.

Portanto, na esteira do pensamento de HÄBERLE, tem-se que a defesa do caráter *público* e *plural* da exegese constitucional está a exigir uma superação de certos formalismos de sorte a permitir que “todos” os segmentos afetados pela

⁴⁰⁹ “Resumiendo: la exégesis constitucional como proceso público significa, en parte, ‘programa’ y, en parte, también ‘realidad y actualidad’ de los intérpretes constitucionales de toda sociedad abierta, independientemente del hecho de disponer o no de jurisdicción constitucional. Esta forma de comprensión normativa procesal y pluralista de dicha exégesis permite un derecho relativo que se completa con un espectro mucho más rico y con todo un instrumentario de exégesis pública orientada al bien común y a la pluralidad de opciones sociales. Exige para el futuro una más amplia reestructuración de las leyes en pro del pluralismo, al par que una jurisprudencia más autoconsciente y una activación de la ciudadanía democrática hecha mediante la configuración del status activus processualis entre la ciudadanía y los poderes públicos. La actualización de la Constitución a través de la libertad experiencial vivida por los ciudadanos y de la fuerza normativa del ámbito público exigen mucho de todos nosotros. El jurista, como exegeta constitucional – entendido en cualquiera de sus dos sentidos, estricto y amplio –, puede hacer mucho en pro de su proyección en el ámbito social y garantizar así la libertad de la ciudadanía. Finalmente el ciudadano tiene que tomar ‘parte activa’ en la positivación de las libertades existentes en el Estado y en la sociedad, contribuyendo a asegurarlas y afianzarlas, siendo todo ello precisamente uno de los objetivos primordiales que tiene encomendados en su papel de intérprete constitucional” (HÄBERLE, Peter. Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta, p. 102-103).

⁴¹⁰ “A mudança dos atores jurídicos nos conflitos sociais de maior envergadura produz forte repercussão sobre o sistema judicial e seus procedimentos reguladores. Os sujeitos de direito do processo judicial tradicional já não são mais os mesmos; ou, pelo menos, em termos mais rigorosos, a identificação de seus partícipes não se exaure nos sujeitos individuais, nem a eles confere maior importância, precisamente porque suas demandas, de cunho individual, não repercutem social e politicamente com o mesmo vigor. Não se trata, todavia, de uma massificação pura e simples dos conflitos, entendida como um processo de coletivização quantitativa. Os conflitos não se tornaram apenas plurais ou classísticos. A identificação dos novos atores com os movimentos sociais denuncia a esclerose do velho paradigma de análise política, anunciando um caráter qualitativamente distinto desses novos atores. Os novos movimentos sociais rompem com a rigidez formal das estruturas burocráticas de organização para mobilizar-se em torno de metas e objetivos aceitos voluntariamente e por consenso, rejeitando os códigos de auto-identificação política e econômica, estabelecidos a partir de uma tradição ideológica superada (esquerda *versus* direita, liberal *versus* conservador, relações de classe, operariado *versus* burguesia, etc...). As formas de auto-organização desses novos sujeitos de direito, as estratégias de mobilização adotadas para a ação político-institucional, a partir da solidariedade e da utopia em torno de temas que transcendem tanto as relações econômicas, quanto as relações políticas propriamente ditas, negam as categorias de auto-compreensão do espaço público pelo Estado como, fundamentalmente, público e privado” (RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. **Direito e processo: razão burocrática e acesso à justiça**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 37-38).

jurisdição constitucional possam manifestar suas opiniões quando necessário. A ênfase, neste particular, deve abarcar especialmente as *minorias* e os chamados *grupos vulneráveis*⁴¹¹. Nesse patamar é que se posiciona o exemplo da “jurisdição epistolar”, extraído do modelo constitucional indiano, identificado por Roberto GARGARELLA⁴¹². Com efeito, de acordo com a narrativa de GARGARELLA, na esfera do sistema judiciário indiano “uma simples carta – em vez de petição formal – escrita a favor de um grupo marginalizado (desvantajado) constitui uma condição suficiente para ativar um procedimento ante a Suprema Corte”⁴¹³ daquele País. Tal procedimento, diga-se de passagem, conjuga-se ainda com a experiência indiana

⁴¹¹ A respeito do assunto, oportuno consultar Robério Nunes dos ANJOS FILHO: “As expressões *minorias* e *grupos vulneráveis* não raro são usadas como equivalentes, talvez porque dentre os aspectos de similitude se encontre um de especial significado social, que é a situação de *vulnerabilidade*, o que leva a classificar todas as coletividades portadoras dessa característica como *minorias*, ou como *grupos vulneráveis*. (...) *Grupos vulneráveis em sentido amplo*, dessa forma, para nós devem constituir um gênero ao qual pertencem, conforme o contexto do Estado, pessoas portadoras de necessidades especiais físicas ou mentais, idosos, mulheres, favelados, crianças, minorias étnicas, religiosas e lingüísticas, índios, descendentes de quilombos, ribeirinhos, trabalhadores rurais sem terra, dentre outros. Estas coletividades se dividem em duas espécies, constituindo uma *minoria* ou um *grupo vulnerável estrito senso* (ou em sentido estrito). Minorias, nessa ótica, são uma espécie de *grupos vulneráveis lato senso*, com peculiaridades próprias que as distinguem das demais coletividades vulneráveis, as quais chamaremos *grupos vulneráveis em sentido estrito*, embora também existam características compartilhadas por ambas as espécies” (ANJOS FILHO, Robério Nunes. *Minorias e grupos vulneráveis: uma proposta de distinção*. In **Direitos humanos: estudos em homenagem ao professor Fábio Konder Comparato**. Coordenadora Elza Antonia Pereira Cunha Boiteux, Organizador Robério Nunes dos Anjos Filho, Salvador: JusPodium, 2010. p. 414-416).

⁴¹² De acordo com Roberto GARGARELLA, o exemplo da Índia destaca-se pelo radicalismo das decisões da Corte em matéria de direitos sociais: “Certamente, segundo a perspectiva da democracia deliberativa, não é claro que todas as suas decisões (durante seu período mais ‘ativo’) tenham sido igualmente defensáveis – algumas delas, poderíamos pensar, excederam as virtudes dialógicas celebradas pelos democratas deliberativos e representam melhor uma imposição de perspectivas (neste caso, progressistas) da Corte sobre as autoridades políticas. Nada obstante, poderíamos dizer que, em termos gerais, a atividade da Corte pode ser defendida a partir de uma perspectiva deliberativa em pelo menos dois aspectos. Primeiro, a jurisprudência indiana representa ainda um exemplo notável de antiformalismo, que se mostra especialmente são na área dos direitos sociais, onde ainda existem barreiras brutais que impedem que aqueles em maiores desvantagens apresentem suas opiniões diante do público” (GARGARELLA, Roberto. *Democracia deliberativa e o papel dos juízes diante dos direitos sociais*. In **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento Coordenadores, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 221).

⁴¹³ GARGARELLA, Roberto. *Democracia deliberativa e o papel dos juízes diante dos direitos sociais*, p. 221-222.

dos *comissários da Corte*⁴¹⁴, os quais são orientados pelo propósito manifesto de coleta de informações para o julgamento das questões envolvendo a efetivação dos direitos sociais.

b) Os mecanismos de participação do cidadão na área da administração pública.

Em abono à ideia de elastecimento da participação de *amicus curiae* no cenário da *judicial review*, poder-se-ia argumentar ainda com o reconhecimento dos direitos de participação popular na esfera administrativa⁴¹⁵, os quais despontam e irradiam sua dimensão democrática a partir do advento do Estado Social e da consagração do princípio da socialidade⁴¹⁶. Ou seja, de acordo com Adriana da Costa Ricardo SCHIER, o direito de participação “concretiza, assim, o princípio Democrático, manifestando-se através de regras que asseguram aos cidadãos a possibilidade de interferir e auxiliar na tomada das decisões quanto às atividades do poder público, vinculando tais decisões ao bem comum historicamente definido, contribuindo, nesta medida, para a realização do Estado Social”⁴¹⁷.

⁴¹⁴ “Mais ainda, a Corte decidiu que as regras de legitimação desenvolvidas, assim como a jurisdição epistolar, não eram suficientes para os propósitos que se haviam fixado. A Corte considerou que era muito importante, também, criar novos instrumentos para reunir a informação de que ela necessitava para decidir sobre um caso. Para o tribunal, ‘não era realista esperar que os demandantes em maiores desvantagens, ou os ativistas que trabalhavam com eles, proporcionassem a prova necessária para que o tribunal decidisse’ (Hunt 1996, 165-6). Por essa razão, decidiu criar ‘comissões sócio-jurídicas [sócio-legais] de informação’, destinadas a assumir a função de ‘comissários da corte’” (GARGARELLA, Roberto. *Democracia deliberativa e o papel dos juízes diante dos direitos sociais*, p. 222).

⁴¹⁵ Vide, neste particular, o já mencionado estudo de Adriana da Costa Ricardo SCHIER, ao afirmar que o direito de participação “é o direito que se traduz na possibilidade de intervenção direta ou indireta do cidadão na gestão administrativa, de caráter consultivo, deliberativo ou fiscalizatório” (SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Ob. Cit.*, p. 57-58).

⁴¹⁶ De acordo com Jorge Reis NOVAIS, “a exigência de socialização do Estado implica não apenas o reconhecimento da intervenção dos grupos de interesse e organizações sociais na tomada de decisões políticas centrais, mas fundamentalmente, a recondução institucional dessas decisões à vontade democraticamente expressa pelo conjunto da sociedade. Para que o qualificativo ‘social’ não seja mero afã retórico não basta a intervenção organizada e sistemática do Estado na economia, a procura do bem-estar, a institucionalização dos grupos de interesses ou mesmo o reconhecimento jurídico e a consagração constitucional dos direitos sociais; é ainda imprescindível a manutenção ou aprofundamento de um quadro político de vida democrática que reconheça ao cidadão um estatuto de participante e não apenas, como diz GARCIA-PELAYO, de mero recipiente da intervenção social do Estado” (NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito*. Coimbra: Coimbra, 1987. p. 202).

⁴¹⁷ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Ob. Cit.*, p. 75.

Nesse particular, cabe examinar que Clèmerson Merlin CLÈVE traça amplo panorama acerca das formas de influência do cidadão na administração da coisa pública, concluindo que tal perspectiva decorre, inclusive, do contexto da redemocratização do Estado brasileiro. É nessa perspectiva que o autor realça os direitos de participação e a conseqüente atuação do cidadão como colaborador na gestão privada de interesses públicos⁴¹⁸.

Com efeito, não se pode ignorar que, no cenário da Administração Pública contemporânea, as organizações sociais têm experimentado inusitada proliferação, assumindo papel de expressiva importância⁴¹⁹. Apesar de ainda prevalecerem os métodos típicos da Administração *burocrática* (vide, neste aspecto, a exigência de concurso público e licitações), forçoso reconhecer que, após a edição do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, editado no início da década de 90, a Administração Pública passou a ser pensada a partir de formas *flexíveis* de gestão, com a descentralização de suas estruturas e funções⁴²⁰. A partir daí, a atuação do Estado passou a ser orientada e coordenada por meio de parcerias⁴²¹ firmadas com a iniciativa privada. Destarte, diante da assertiva de que o Estado passou a agir em regime de *colaboração* com entes e associações de natureza privada, é razoável que o Poder Judiciário venha a se inclinar fortemente para a oitiva dessas

⁴¹⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de direito constitucional**. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 17-30.

⁴¹⁹ “Em meio à discussão envolvendo os novos papéis assumidos pelo Estado na contemporaneidade, sustenta-se a necessidade de uma mudança nos contornos do aparelho estatal, com o objetivo de estabelecer novos padrões de Administração Pública, visando fornecer melhores respostas às demandas sociais, principalmente no tocante à eficiência no gerenciamento da coisa pública e na prestação dos serviços públicos” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O regime jurídico das organizações sociais e a sua contratação pelo poder público mediante dispensa de licitação. *In Reflexões sobre direito administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 250).

⁴²⁰ “Visava-se, naquele momento, a criação de uma nova estrutura para a Administração Pública brasileira, composta pelo (i) Primeiro Setor (ou setor do núcleo estratégico) – formado pela cúpula dos três poderes e pelo Ministério Público; (ii) Segundo Setor - formado pelas agências executivas e reguladoras, responsáveis pela prestação dos serviços exclusivos dos Estados; e (iii) Terceiro Setor - formado pelas organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público, entidades de apoio e serviços sociais autônomos” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O regime jurídico das organizações sociais e a sua contratação pelo poder público mediante dispensa de licitação. p. 251).

⁴²¹ O termo *parceria*, de acordo com Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, passa a ser “utilizado para designar todas as formas de sociedade que, sem formar uma nova pessoa jurídica, são organizadas entre os setores público e privado, para a consecução de fins de interesse público. Nela existe a colaboração entre o poder público e a iniciativa privada” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 1999. p. 31-32).

organizações e segmentos sociais, notadamente naquilo que for concernente à realização de políticas públicas. Vale dizer: as organizações sociais e demais entidades do Terceiro Setor são reguladas e fiscalizadas pelo Poder Público (Lei n.º 9.637, de 15.05.1998), razão pela qual é presumível a ampliação da participação popular na consecução das tarefas que lhes sejam afetas⁴²². Por isso, ainda que haja um certo consenso entre os especialistas no assunto de que tais entidades não desempenham *serviços públicos* propriamente ditos, as peculiares características conferidas às organizações sociais estão a recomendar a sua oitiva, particularmente naquilo que concerne à realização dos direitos fundamentais prestacionais.

Em última análise, pode-se dizer que a *constitucionalização* da Administração Pública⁴²³ fez por despertar a necessidade de se *democratizar* as suas práticas. Consoante Patrícia BAPTISTA, “diante de uma função administrativa com atribuições e poderes muito superiores aos que foram inicialmente concebidos no Estado liberal, as formas tradicionais de legitimação democrática – restritas à representação política através do parlamento e da chefia do Executivo – tornaram-se insuficientes”⁴²⁴. Desse modo, abriu-se caminho para o desenvolvimento da participação popular na legitimação da própria Administração Pública. Ou seja, o

⁴²² “No quadro traçado, a organização social, constitui-se a partir de uma qualificação concedida pelo Poder Público a pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que desempenhem atividades de interesse público, notadamente nas áreas de educação, saúde, cultura e proteção ambiental, conforme previsto no art. 1º, da Lei n.º 9.637, de 15.05.1998, que regulamenta a matéria no âmbito federal. Aparece, nessa ótica, como instrumento voltado à redefinição do modo de intervenção na esfera social, permitindo não só o alcance de maior eficiência na prestação dos serviços sociais, mas também a ampliação do espaço de participação popular na consecução de atividades que sejam relevantes ao interesse público” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O regime jurídico das organizações sociais e a sua contratação pelo poder público mediante dispensa de licitação. p. 254).

⁴²³ Não há que se olvidar que a *constitucionalização* da Administração Pública confere-lhe um aspecto instrumental em prol da atuação dos direitos fundamentais: “(...) a premissa básica a ser assumida é a de que as feições jurídicas da Administração Pública – e, a *fortiori*, a disciplina instrumental, estrutural e finalística de sua atuação – estão alicerçadas na própria estrutura da Constituição, entendida em sua dimensão material de estatuto básico do sistema de direitos fundamentais e da democracia” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 61-64).

⁴²⁴ BAPTISTA, Patrícia. Ob. Cit., p. 29.

cidadão passa a estar envolvido nos processos administrativos por meio de estruturas *dialógicas* de participação⁴²⁵.

Assim, com o incremento da participação, o administrador dispõe de maiores oportunidades de reunir informações qualificadas, adquirindo uma visão mais completa dos fatos e das questões que envolvem as escolhas administrativas⁴²⁶. Cabe realçar que a experiência das audiências públicas confere ao cidadão o direito de se expressar, permitindo-lhe influenciar no processo de tomada de decisões, elaboração de políticas públicas e condução dos orçamentos e direcionamento dos recursos públicos⁴²⁷. De mais a mais, o Estatuto das Cidades dispõe que as políticas urbanas devem estar pautadas, dentre outras diretrizes, na “gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano” (art. 2º, II, da Lei n.º 10.257/2001). Interessante destacar ainda que, com o advento do Estatuto das Cidades, consagrou-se o incentivo ao emprego da *gestão orçamentária participativa* (art. 44 da Lei n.º 10.257/2001) e ainda a oitiva das “associações representativas dos vários seguimentos da comunidade” (art. 45 da Lei n.º 10.257/2001) para a consecução de políticas públicas nas regiões metropolitanas.

⁴²⁵ “Essa nova posição do indivíduo, amparada no desenvolvimento do discurso dos direitos fundamentais, demandou a alteração do papel tradicional da Administração Pública. Direcionada para o respeito à dignidade da pessoa humana, a Administração, constitucionalizada, vê-se compelida a abandonar o modelo autoritário de gestão da coisa pública para se transformar em um centro de captação e ordenação dos múltiplos interesses existentes no substrato social. Não pode, assim, prosseguir como um corpo autônomo em permanente oposição à sociedade, nem mesmo como um aparato decisório isolado, mas, ao contrário, deve funcionar como um espaço deliberativo para o desenvolvimento das potencialidades sociais” (BAPTISTA, Patrícia. Ob. Cit., p. 129-130).

⁴²⁶ Viabiliza-se, assim, a “racionalização das decisões administrativas através de uma informação melhor e disponível; previsibilidade do conteúdo das decisões administrativas; ação administrativa pública e transparente, maior legitimação da decisão administrativa tomada pelo bem comum” (SOARES, Fabiana de Menezes. A redefinição do estado através da participação popular na administração pública: necessidade, instrumentos e papel do município. *In Revista de direito administrativo aplicado*. Curitiba, ano 3, n.º 10, jul-set. 1996. p. 718).

⁴²⁷ Não por outra razão, Gustavo Justino de OLIVEIRA observa que “é mediante a realização dessas audiências que se garante um direito fundamental dos cidadãos, que é o direito de ser ouvido, o direito de poder opinar, de modo eficaz, notadamente a respeito daqueles assuntos que interessam à coletividade” (OLIVEIRA, Gustavo Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. *In Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*. Curitiba: Imprensa Oficial do Estado, ano 11, n.º 6, dez. 1997. p. 124).

Nesse novo contexto, pode-se dizer que a função administrativa é direcionada para o respeito e concretização dos direitos fundamentais, razão pela qual a participação popular assume papel de destaque⁴²⁸. Ou seja, o postulado da participação deixa de ser um direito fundamental e passa a assumir, ele próprio, a condição de dimensão *processual* dos direitos fundamentais.

Apesar de reconhecer um certo excesso *retórico* envolvendo os mecanismos de participação na administração, Patrícia BAPTISTA observa que no Brasil o conservadorismo predominante permitiu apenas flertes discretos com as formas de democracia participativa⁴²⁹. E, por outro lado, adverte que a defesa desse direito de participação pode gerar distorções no tocante ao desequilíbrio presumível entre os grupos sociais *organizados* e o desamparo dos interesses individuais não mobilizados⁴³⁰. Portanto, mais do que a simples mediação de interesses contrapostos, compete à Administração Pública “garantir e estimular a atuação dos interesses menos organizados, assim como realizar uma filtragem adequada de

⁴²⁸ “Porém, não é no ponto de vista individual, como meio de defesa de direitos ou interesses particulares, que a participação administrativa tem a sua maior expressão. Na nova Administração Pública, a missão mais importante da participação administrativa é viabilizar o exercício da cidadania coletiva, do *status activae civitatis*, para a defesa dos interesses comuns, coletivos ou difusos. Nos dois sentidos, de qualquer forma, a participação administrativa encontra-se intimamente associada a um modelo, destinado a conformar a Administração Pública neste início de século, que se caracteriza pela democratização, pela legitimação e pela proteção aos direitos fundamentais” (BAPTISTA, Patrícia. Ob. Cit., p. 131-132).

⁴²⁹ “O conservadorismo predominante, por ora, não tem permitido mais do que um namoro discreto com as formas de democracia participativa, em muito estimulado pelos esforços retóricos dos estudiosos. Há que se registrar, no entanto, o impulso, ainda que tímido, representado pela nova redação conferida ao § 3º do art. 37 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional n.º 19/98. Determinando a regulamentação por lei das formas de participação do usuário na Administração Pública, o constituinte derivado inseriu a primeira referência genérica à participação administrativa no vigente texto constitucional. Esse novo elemento constitucional, somado ainda à presença das mesmas condições político-jurídicas que motivaram o desenvolvimento do tema no direito alienígena, torna oportuna a exata delimitação do fenômeno participativo no direito administrativo brasileiro” (BAPTISTA, Patrícia. Ob. Cit., p. 141-142).

⁴³⁰ “Não é necessário, pois, muito esforço para deduzir as consequências que, para uma Administração Pública informada pelo princípio da participação, podem decorrer do desequilíbrio existente entre os indivíduos e os corpos sociais organizados, relativamente à capacidade de intervir nos processos participativos. Sob a aparência de legitimidade conferida pela participação poderá se esconder, na realidade, um verdadeiro seqüestro da Administração Pública por interesses setoriais, em detrimento das demais categorias de interesses existentes na sociedade, inclusive do próprio interesse público. (...) O perigo da intromissão excessiva dos interesses sociais mais organizados nos processos participativos – que pode provocar o desamparo dos interesses individuais ou daqueles com inferior capacidade de mobilização – não é, entretanto, insuperável, nem infirma as vantagens da participação administrativa” (BAPTISTA, Patrícia. Ob. Cit., p. 164-165).

todas as manifestações colhidas no processo participativo”⁴³¹. O risco que se corre, nesse sítio, é que os canais de participação sejam absorvidos pelas minorias incluídas, em detrimento de grupos excluídos e estigmatizados⁴³². Afinal, o problema intrínseco dos acordos *discursivos* é que esse “outro” “está sempre pressuposto na comunidade de comunicação, mas também sempre excluído da comunidade real e que não argumenta efetivamente quando da produção dos consensos”⁴³³.

E, paralelamente ao incremento da participação popular, abriu-se espaço ainda para soluções *consensuais* no âmbito da Administração Pública, com vistas a melhor satisfação do interesse público⁴³⁴. A idéia de *consensualidade*⁴³⁵, por sua vez, engloba a de conjugação de esforços na realização de tarefas públicas, razão pela qual os influxos daí decorrentes podem fornecer parâmetros para a ampliação do universo cognitivo dos Tribunais responsáveis pelas decisões constitucionais.

2.2.3. A importância da ampliação do debate na seara do controle difuso.

⁴³¹ BAPTISTA, Patrícia. Ob. Cit., p. 165.

⁴³² “Além disso, não se pode olvidar, para uma reflexão aproximada da realidade brasileira, a extensa massa de excluídos, em todos os sentidos, que, mais preocupados com a fome e o desemprego, estão totalmente alijados da condição de ‘participantes’. Deixar de considerar esta dimensão do atual contexto brasileiro para fazer uma defesa indelével de uma administração pública que se legitime exclusivamente pela possibilidade de participação do cidadão nas decisões administrativas e no controle social da atividade do poder público, parece ser adotar uma postura que nega a própria essência do direito de participação, ligada à concretização do princípio democrático. Deveras, parece não ser possível pressupor que a democracia se perfaz pelo mero disponibilizar de canais de participação pelo poder público. Em verdade, tal posição poderá legitimar decisões tomadas por uma minoria, formada quase que exclusivamente pelos que já alcançaram a condição de incluídos no sistema, os que dispõem de uma cultura participativa. Com isso, esta via democrática que é a participação pode servir como um instrumento de manutenção da situação de desigualdade material com a qual se convive no país desde sua colonização” (SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Ob. Cit., p. 167-168).

⁴³³ LUDWIG, Celso Luiz. Discurso e direito: o consenso e o dissenso. *In* **Direito e discurso**. Ricardo Marcelo Fonseca (Organizador), Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 61-62.

⁴³⁴ “Assim, foi como alternativa à imperatividade e à unilateralidade que a ideia de consensualidade acabou incorporada à Administração Pública, de início como uma técnica de administração e, posteriormente, como uma categoria do direito administrativo. O desenvolvimento da consensualidade, na verdade, encontra-se intimamente relacionado ao incremento da participação administrativa. A evolução quase que simultânea da participação administrativa e da ideia de consensualidade não é meramente casual. Ao contrário, são os canais de participação, sobretudo aqueles providos pela abertura procedimental, que tornam possível a superação negociada dos conflitos de interesse” (BAPTISTA, Patrícia. Ob. Cit., p. 265-266).

Como é de se aceitar, muitas questões relacionadas ao incremento da Constituição *material* não chegam à Corte Constitucional pela via do controle concentrado de constitucionalidade.

Assim, um dos fatores que justificam tal fenômeno é a notória limitação à iniciativa de certos agentes⁴³⁶, motivo porque é aceitável concluir que o processo objetivo não pode ser o único canal capaz de viabilizar o debate constitucional e, apesar da primazia que se pretendeu atribuir a ele, tem-se que o controle difuso continua a despertar particular relevo no cenário jurídico nacional.

Cabe ressaltar que a preocupação com a ampliação do horizonte discussional é consentânea com o cenário marcado pelo acentuado uso dos princípios jurídicos⁴³⁷, com o apelo constante ao *pluralismo* axiológico⁴³⁸ nas tarefas interpretativas e pelas inflexões geradas pelo multiculturalismo, fenômenos estes que contribuem para fomentar as expectativas normativas. Não há que se olvidar ainda que o aumento da complexidade sistêmica⁴³⁹ acaba contribuindo para derrogar tradições estáveis e, como tal, põe sob suspeita os conhecimentos

⁴³⁵ O tema foi objeto de estudo por Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Coordenação gerencial da administração pública. *In Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, nº 214).

⁴³⁶ “Muitos problemas e diversas questões referentes à Constituição material não chegam à Corte Constitucional, seja por falta de competência específica da própria Corte, seja pela falta de iniciativa de eventuais interessados. Assim, a Constituição material ‘subsiste’ sem interpretação constitucional por parte do juiz. Considerem-se as disposições dos regimentos parlamentares! Os participantes do processo de interpretação constitucional em sentido amplo e os intérpretes da Constituição desenvolvem, autonomamente, direito constitucional material. Vê-se, pois, que o processo constitucional formal não é a única via de acesso ao processo de interpretação constitucional” (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*, p. 42).

⁴³⁷ Vide, neste sentido: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁴³⁸ “Exatamente por causa da pretensão inerente aos vários grupos de se tornarem hegemônicos, uma sociedade pluralista só pode subsistir, enquanto sociedade pluralista, se for, também, uma sociedade tolerante” (GALUPPO, Marcelo Campos. *Hermenêutica constitucional e pluralismo*. *In Hermenêutica e jurisdição constitucional* / Coordenadores José Adércio Leite Sampaio e Álvaro Ricardo de Souza Cruz, Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 53).

⁴³⁹ De acordo com a leitura de Carlos CÁRCOVA, a definição de “complexidade” é permeada por um mundo em transformação, fortemente marcado pelos “fenômenos de aceleração histórica, associados às descobertas científicas e tecnológicas das últimas décadas” (CÁRCOVA, Carlos Maria. **A opacidade do direito**. Trad. Edílson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1998. p. 173).

*totalizantes*⁴⁴⁰, exigindo novas interpretações do cotidiano⁴⁴¹. Aliás, na feliz observação de Teresa Arruda Alvim WAMBIER, “fica difícil falar-se em interesses da sociedade, já que muito comumente há interesses de grupos integrantes da mesma sociedade que são freqüentemente conflitantes e reciprocamente excludentes”⁴⁴².

Em outras palavras, o incremento da participação de *amicus curiae* deve ser visualizado como algo condizente e diretamente conectado com o advento das questões de *transcendência coletiva*.

2.2.4. A inexistência de um controle de constitucionalidade *asséptico* e a importância do *amicus curiae*: os exemplos das células-tronco embrionárias (ADI 3.510) e da justiça de transição (ADPF n.º 153-6).

As leituras clássicas referentes à jurisdição constitucional sempre descortinaram uma ideia de *asepsia* constitucional no processo de expurgo das inconstitucionalidades. Não se tratava aí de aquilatar nenhum interesse concreto. Contudo, a realidade nacional contemporânea permite despertar outro tipo de reflexão, pois são frequentes os interesses *contrapostos* na jurisdição constitucional,

⁴⁴⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. 2ª ed., São Paulo: Cortez, 2000. v. 1. p. 27.

⁴⁴¹ “A complexidade atual da sociedade, empurrada pela ciência, exige diuturnamente novas concepções e interpretações sobre o cotidiano, abandonando-se as posições tão seguras do passado. Isso porque os avanços científicos não param, nem podem. Por mais que a ciência aplicada avance, a imaginação do cientista rompe barreiras, chega mais longe. A busca se renova, revigora-se, ressurgente. A ciência flui e o ordenamento jurídico na visão tradicional capenga no seu encaixe, na ânsia sempre vã de regulamentar tudo por regras jurídicas, como se isso fosse instalar a paz perpétua. Vive-se ainda, no plano do Direito, como se a sociedade contemporânea habitasse a ingenuidade escamoteada do modelo liberal – do mito – da autonomia da vontade, sem que nunca se consiga acompanhar legislativamente as evoluções científicas” (ROSA, Alexandre Morais, **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 46).

⁴⁴² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 25.

plasmados pela atuação organizada de grupos, classes ou segmentos da sociedade civil brasileira⁴⁴³.

Com efeito, o julgamento da ADI n.º 3.510 permitiu evidenciar interesses sectários na questão concernente ao manuseio de células-tronco⁴⁴⁴ para fins terapêuticos, com o forte debate entremeado e aguçado por posições científicas, religiosas e morais. Afinal, o admirável mundo novo de Aldous HUXLEY (1932) não é mais capaz de divisar *ficção* da *realidade*. As bucólicas *ovelhas* que, até então povoavam o embalar do sono, agora servem para “tirar” dos cientistas o descanso necessário⁴⁴⁵. Ora, o caso versado na ADI n.º 3.510 é emblemático para explicitar as diferentes perspectivas hermenêuticas que envolvem o tema das pesquisas com

⁴⁴³ Com efeito, na seara nacional, Damares MEDINA exemplifica tal situação com o quadro revelado na ADPF n.º 46: “A prática oferece exemplos que corroboram essa visão do amicus parcial, perseguindo a defesa de um resultado processual que lhe seja diretamente útil e favorável, mesmo sob um escopo institucional. Por exemplo, a ADPF 46, na qual se discute a constitucionalidade do monopólio do serviço postal. A ação foi proposta pela Associação Brasileira das Empresas de Distribuição (ABRAED) em face da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Os interesses econômicos envolvidos na solução da controvérsia constitucional são evidentes e os *amici curiae* que ingressaram no processo dão uma visão ainda melhor desses desdobramentos: Sindicato Nacional das Empresas de Encomendas Expressas e a Associação Brasileira de Empresas de Transporte Internacional (ABRAEC), ambos interessados na quebra do monopólio postal” (MEDINA, Damares. Ob. Cit., p. 41). Entretanto, nesta mesma ADPF, o relator do caso – Min. Marco Aurélio – indeferiu o pedido de ingresso da Federação Nacional dos Trabalhadores nas Empresas de Correios e Telégrafos e Similares (FENTEC) e ainda do Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Correios e Telégrafos e Similares do Estado de Minas Gerais (SINTEC/MG).

⁴⁴⁴ “Células tronco são células pluripotentes ou multipotentes, que podem replicar-se e diferenciar-se em células de diversos tecidos. Existem em todos os nossos órgãos e repõem as células mortas: são as células tronco adultas, encontradas em maior quantidade na medula óssea, no cordão umbilical e na placenta. As primeiras células do embrião, a começar da inicial, em que se encontra um código genético específico, também são chamadas de células tronco, pois dela provêm todas as demais células do organismo humano, recebendo as oito primeiras (2º dia) a designação de ‘totipotentes’, e, as existentes no interior do embrião até o oitavo dia, de pluripotentes ou multipotentes, pois têm a capacidade de diferenciar-se em todos os tecidos que compõem o corpo humano” (LEÃO JR., Paulo Silveira Martins. O direito fundamental à vida dos embriões e anencéfalos. In **Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos**. Agassiz Alemidia Filho e Plínio Melgaré (org.), São Paulo: Malheiros, 2010. p. 228-229).

⁴⁴⁵ “As ovelhas, por vezes, símbolos de conformismo e submissão (mais do que as mulheres de Atenas no gineceu), trouxeram, em 1997, à pauta das discussões, problemas vinculados à reprodução artificial, inclusive de seres humanos. Em outras palavras, após a clonagem de uma ovelha, com o suave nome de boneca – Dolly – no Instituto Rosling, na Escócia, pode-se dizer, a comunidade científica ficou, literalmente, perplexa” (SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. Umas poucas palavras sobre o direito à vida. In **Direito fundamental à vida**. Coordenação Ives Gandra da Silva Martins, São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 163).

células-tronco embrionárias⁴⁴⁶. Estas células são compreendidas como sendo aquelas existentes no embrião nos seus primeiros cinco a sete dias de existência e, para extração destas, o embrião é morto, tornando-se inviável⁴⁴⁷. Por meio da ADI n.º 3.510, o Procurador-Geral da República impugnou dispositivos da Lei de Biossegurança (Lei n.º 11.105/2005), cujo art. 5º permitia a pesquisa científica com células-tronco de embriões *inviáveis* e(ou) *excedentes*. A ADI n.º 3.510 foi julgada *improcedente*, declarando-se a constitucionalidade do art. 5º da Lei n.º 11.105/2005, prevalecendo a *permissão* para a pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas a partir de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, desde que a pesquisa venha a ser autorizada pelo Comitê Central de Ética e Pesquisa vinculado ao Ministério da Saúde. Não há que se olvidar que o caso em questão envolveu *desacordos morais* relevantes⁴⁴⁸, pautados em posições *razoáveis* ou dignas de *ponderação*. Isto porque as terapias hormonais capazes de desencadear fertilização *in vitro* de vários óvulos conduzem ao problema do destino

⁴⁴⁶ “A extensão dos problemas éticos e jurídicos, agora dentro do campo das pesquisas biotecnológicas, tem sido posta em lei e resolvida pela jurisprudência, independentemente, ou apesar, das discussões religiosas e morais e das posições ideológico-políticas de seus aplicadores. Ean Dasset, prêmio Nobel de Medicina em 1958, citando por Domingues (1993), enfatiza que não se pode restringir a pesquisa científica, desde que estabelecidos limites que não ultrapassem aqueles da dignidade do homem e concretizados num código de moral, ante o caráter experimental das manipulações genéticas, visto que a ‘... aplicação desvirtuada das descobertas genéticas pode levar a espécie humana a uma grande catástrofe’” (LAGRASTA NETO, Caetano. **Direito de família: a família brasileira no final do século XX**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 113).

⁴⁴⁷ “Porém, quando destruído o embrião e levadas essas células para uma cultura em laboratório não se consegue a obtenção de células de todos os órgãos e tecidos, mas tão somente de alguns órgãos e tecidos e com graves limitações. Isso é reconhecido pelos próprios pesquisadores que manipulam essas células tronco embrionárias humanas, devendo ainda ser esclarecido se a obtenção dessas células ‘diferenciadas’, a partir das células tronco embrionárias humanas, estariam ou não inseridas em formação de teratomas ou tumores embrionários, quando há produção anárquica de células de variados tecidos” (LEÃO JR., Paulo Silveira Martins. Ob. Cit., p. 230).

⁴⁴⁸ Ao se cogitar da existência de desacordos morais, põe-se em discussão o problema da difícil conciliação entre o pluralismo e o ideal de justiça, na forma mencionada por Luiz Bernardo Leite ARAÚJO: “Como se sabe, o problema da conciliação entre pluralismo e justiça está vinculado à tese moderna da prioridade do justo sobre o bem, que é uma outra formulação do chamado princípio da neutralidade. Com efeito, a presença de um desacordo profundo entre doutrinas morais, filosóficas e religiosas que compõem uma sociedade democrática parece implicar a adoção de uma concepção de justiça que não esteja apoiada sobre qualquer crença particular, ou seja, os princípios de justiça devem ser neutros diante das noções controversas do bem” (ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. *Desacordo razoável e aceitabilidade racional*. In **Hermenêutica constitucional: homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia**. Eduardo Ribeiro Moreira, Jerson Carneiro Gonçalves Junior e Lucia Helena Polleti Bettini (Organizadores), Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 444).

dos embriões *inviáveis*⁴⁴⁹ ou *excedentes*, cuja solução pode variar à luz das teorias *concepcionistas* ou ainda pelos influxos das teorias *genético-desenvolvimentistas*⁴⁵⁰. Para ficar apenas numa das posições defendidas, de acordo com a tradição religiosa cristã⁴⁵¹, o *concebido* não pode ser objeto de experiências científicas e tampouco *descartado*. Dessa forma, no atual estado da técnica científica, o destino dos embriões *inviáveis* ou *excedentes* passa pelas opções envolvendo (i) o simples "descarte"; (ii) emprego destes em experiências científicas com células-tronco embrionárias⁴⁵²; e, ou (iii) pela *adoção* de embriões. O assunto em voga permite

⁴⁴⁹ "A expressão 'embriões inviáveis' é ambígua e se presta a aviltar a dignidade própria de todo e cada ser humano. Se é embrião humano é ser humano. Se o embrião está vivo, é ser humano vivo, com a dignidade que lhe é intrínseca. Parece que aqui se está tentando aplicar o mesmo conceito ambíguo de 'inviabilidade' utilizado para fetos anencéfalos e portadores de outras malformações, que podem, em maior ou menor, grau interferir com o tempo e qualidade de vida, mas que não retiram nem diminuem dignidade e direitos, sob pena de se resvalar para a eugenia" (LEÃO JR., Paulo Silveira Martins. Ob. Cit., p. 243).

⁴⁵⁰ Eduardo de Oliveira LEITE discorre acerca dessas diversas concepções, afirmando que: "Sem classificar o embrião na categoria 'humana', nem tampouco negar sua possibilidade de tornar-se 'humano', a terceira tendência visualiza no embrião um estatuto específico e irredutível que lhe é próprio. O embrião humano é dotado, desde o primeiro momento de sua existência, de autonomia, mas que não é 'humana', como pretende a corrente concepcionista, nem 'biológica', como querem os desenvolvimentistas, mas uma autonomia 'embrionária'" (LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: mito ou realidade? *In Revista da faculdade de direito*. Curitiba, n.º 29, 1996. p. 128).

⁴⁵¹ Comentando o caso em questão, Damares MEDINA observa que: "As conotações de ordem religiosa advieram da inicial proposta pelo *Parquet*, fundamentalmente alicerçada no direito à vida de embriões inviáveis. Além disso, diversos *amici* se referiram ao sentido social da norma, ao permitir pesquisas científicas que poderiam transformar a vida de milhares de pessoas portadoras de enfermidades atualmente incuráveis. As conotações religiosas, bem como os valores morais ou o conteúdo social de determinada norma, são difíceis, se não impossíveis, de ser ponderados ou mensurados por intermédio de métodos tradicionais da exegese jurídica. Nesses casos, ao invés de olvidar as dimensões metajurídicas da controvérsia constitucional, convém ao juiz escutar o que a sociedade, em suas mais diversas manifestações, sente a respeito da norma que lhe toca como intérprete da Constituição, uma vez que é destinatário último da mesma" (MEDINA, Damares. Ob. Cit., p. 80).

⁴⁵² "Têm sido designadas por células tronco embrionárias humanas, células em situações substancialmente diversas: (a) as células que compõem o interior do embrião entre o 5º e o 7º dia de vida em seu **processo vital natural** de divisão celular, com a capacidade de **constituir, formar e organizar** os vários tecidos e órgãos que ainda não existem, pois estão em processo de formação e que irão constituir o ser humano em suas fases subseqüentes de desenvolvimento; (b) essas mesmas células **extraídas** do interior do embrião, que é destruído ou morto, cultivadas e mantidas indiferenciadas e reproduzindo-se **em laboratório**, com finalidade de pesquisa que objetiva terapia celular. As células tronco adultas são células indiferenciadas, existentes em todos os órgãos e tecidos humanos, e em especial na medula óssea, compondo seu sistema regenerativo natural e que podem ser manipuladas objetivando a cura do próprio paciente. São encontradas também em abundância na placenta e no cordão umbilical. Ao tratar de células tronco faz-se necessário, pois, ter presente essa distinção de fundamental importância, tanto do ponto de vista médico-científico, quanto do ponto de vista ético e jurídico" (LEÃO JR., Paulo Silveira Martins. Ob. Cit., p. 228).

discutir ainda o eventual reconhecimento da personalidade jurídica do embrião⁴⁵³, com a recomendação pela criação de um estatuto jurídico próprio para resolução dos impasses pertinentes aos direitos fundamentais contrapostos. Portanto, o caso sugere a reconstrução do sentido dessas formas de participação no contencioso constitucional, verdadeiramente hábeis a qualificar o desiderato da decisão constitucional.

Agora, mais recentemente, no julgamento da ADPF n.º 153-6, o STF assistiu a uma plêiade de manifestações atinentes aos limites da Lei da Anistia, ocasião em que se digladiaram posições de grupos minoritários, organizações de proteção de direitos humanos e interesses de setores individualizados da sociedade civil. A ADPF n.º 153-6 abarca o problema da chamada “justiça de transição” (*transitional justice* ou *Vergangenheitsbewältigung*), com o exame da possibilidade de punir os responsáveis por possíveis condutas criminosas praticadas durante os períodos de exceção vivenciados por uma dada ordem democrática. Com efeito, a justiça de *transição* se propõe a atribuir responsabilidades e, eventualmente, encontrar formas de punição dos responsáveis. Os intrincados esforços contingenciados para tal mister obrigam os detentores atuais do poder (vencedores?) a explicar perante a sociedade, nas quais estão muitos adeptos do anterior regime (vencidos?), por que determinadas pessoas devem ser responsabilizadas. Dessa maneira, “um problema eminentemente *político* (garantir a estabilidade do novo regime) torna-se *jurídico* (como sancionar de maneira juridicamente correta?) e *filosófico* (como justificar a responsabilização e punição de ex-detentores do poder?)”⁴⁵⁴. Assim, no curso dessa arguição de descumprimento de preceito fundamental, o STF foi instado a se manifestar acerca da possibilidade de punir os agentes da repressão política que praticaram seus atos durante a ditadura militar instaurada em 1964, diante do

⁴⁵³ “Note-se que a aceitação da personalidade jurídica do embrião, ou de sua autonomia em relação ao corpo materno, desde a concepção, *in vivo* ou *in vitro*, resultaria da dispensa de tratamento jurídico isonômico a sujeitos submetidos à mesma ordem jurídica, possibilitando-lhe a aquisição de todos os direitos, e não apenas dos direitos discriminados pela lei, antes do nascimento. Admitidas essas posições apresentam-se de todo incompatível as discriminações feitas pela lei e pela jurisprudência, em contrariedade ao princípio da igualdade ou não discriminação entre os sujeitos, plasmado no art. 5º, *caput*, da Constituição da República” (GEDIEL, José Antonio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do verbo, 2000. p. 75).

⁴⁵⁴ DIMOULIS, Dimitri. Justiça de transição e função anistiantes no Brasil: Hipostasiações indevidas e caminhos de responsabilização, *In Justiça de transição no Brasil: direito, responsabilização e verdade*, Lauro Joppert Swensson Junior ... [et. al.]. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 92.

histórico de torturas, mortes e desaparecimentos forçados⁴⁵⁵. Não há que se olvidar que o caso envolveu uma plêiade de argumentos morais e políticos, colocando em discussão a *anistia* veiculada pela Lei n.º 6.683, de 28.08.1979. Afinal, é de se perguntar: os *interessados* podem se engajar numa luta contra o *esquecimento*? Existe um direito fundamental “à não verdade”?⁴⁵⁶ Há espaço para se falar em criminalidade estatal?⁴⁵⁷ Punição *aleatória* ou *seletiva*? E mais: o caso brasileiro⁴⁵⁸

⁴⁵⁵ “Através do projeto Brasil: nunca mais, foram confirmados 144 assassinatos políticos, 125 desaparecimentos forçados e 1.843 casos de tortura, somente a partir da análise de processos produzidos pela própria Justiça Militar no período compreendido entre 1964 e 1979 [Arquidiocese de São Paulo, 2003]. O relatório da Amnesty Internacional de 1972, atualizado e corrigido em 1976, incluiu uma lista de 1.076 pessoas que foram torturadas e(ou) mortas pelos órgãos de repressão política do Estado brasileiro [Anistia Internacional, 1976, p. 71-102]. O número de mortos e desaparecimentos forçados, computados até 1996 no Dossiê dos mortos e desaparecidos políticos, atinge a soma de 360. Todavia, suspeita-se que o número real seja muito maior, devido a uma grande quantidade de documentos oficiais ainda não terem sido analisados, especialmente aqueles referentes à guerrilha do Araguaia e às mortes na zona rural [Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos, 1996, p. 29]. Por sua vez, o reconhecimento oficial do Estado brasileiro pela Lei 9.140 de 04.12.1995 e pela Comissão Especial que ela instituiu é de 284 mortes ocorridas em dependências de órgãos estatais, tendo-se localizado ou não o cadáver [IBCCRIM, 2003, p. 87]” (SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. Punição para os crimes da ditadura militar: contornos do debate. *In Justiça de transição no Brasil: direito, responsabilização e verdade*. Lauro Joppert Swensson Junior ... [et. al.], São Paulo: Saraiva, 2010. p. 25).

⁴⁵⁶ DIMOULIS, Dimitri. Ob. Cit., p. 105.

⁴⁵⁷ “Homicídio doloso? Ato heróico de um soldado? Legítima defesa? Erro de proibição? Condenação de pessoa que nunca esteve no lugar do homicídio? Inércia perante as denúncias? (...) Nesse conjunto de relações, estratégias e decisões, a atuação do indivíduo ‘criminoso’ no processo de criminalização é desprezível, apesar de ser ideologicamente apresentado como decisiva. Sua contribuição é parecida com a ação de quem compra um bilhete de loteria escolhendo os números certos. O vencedor não ganharia se tivesse sido sorteada qualquer outra combinação de números, isto é, o êxito no jogo não depende de sua escolha, mas sim de fatores fora de seu alcance” (DIMOULIS, Dimitri. Ob. Cit., p. 106-107).

comporta comparações com a experiência do *apartheid* da África do Sul ou ainda da Alemanha nazista? Ou é similar ao da República Federal da Alemanha⁴⁵⁹ referente aos crimes cometidos pelos guardas de fronteira e seus mandantes? E mais: o julgamento da ADPF n.º 153-6 verdadeiramente põe fim à discussão?⁴⁶⁰ A única certeza está no fato de que as mazelas da história brasileira insistem em não passar

⁴⁵⁸ "O caso do Brasil é peculiar em razão da descontinuidade nas opções políticas e jurídicas sobre a justiça de transição. Por duas décadas, após o fim da ditadura de 1964, prevaleceu a opção de pacificação, através do 'esquecimento' (jurídico) dos acontecimentos e da não responsabilização dos agentes da ditadura. A adoção do modelo da anistia se expressou principalmente pela Lei Federal n.º 6.683 de 1979 que anistiou os crimes de natureza política cometidos durante a ditadura. Na prática judicial foi considerado que essa lei beneficiava tanto os opositores como os agentes da ditadura, não havendo processos nem condenações. A Assembleia Constituinte de 1987, ao elaborar a Constituição de 1988, adotou a opção dos militares, não modificando a Lei de Anistia. Por um longo período, esse modelo só foi questionado em círculos de esquerda ligados à resistência contra o regime ditatorial, especialmente por iniciativa de familiares de mortos e desaparecidos políticos. Em 1995, o governo federal deu sinais de mudança da atitude oficial, indenizando vítimas da ditadura. Mas permaneceu a opção de evitar conflitos com grupos de militares e forças conservadoras que não admitem questionamentos da atuação das forças de segurança durante a ditadura, nem desejavam reavaliar o papel dos políticos e intelectuais brasileiros, amplamente comprometidos com as instituições da ditadura. A situação mudou nos últimos anos. Houve iniciativas políticas para reabrir esse capítulo do passado com a responsabilização de agentes da ditadura, o pagamento de indenizações e tentativas da busca da 'verdade'. São iniciativas que sugerem o abandono do modelo da anistia e por essa razão enfrentaram reações políticas. Deve-se observar que, além da oposição de militares e de círculos de simpatizantes do regime militar, houve resistências de integrantes do próprio governo federal" (DIMOULIS, Dimitri. Ob. Cit., p. 94-95).

⁴⁵⁹ "Se a possibilidade de punição na República Federal da Alemanha dos homicídios praticados pelos guardas de fronteira e seus mandantes está ligada à verificação da punibilidade pelo direito da DDR, determinar qual era a situação jurídica naquele Estado passa a ser o centro do interesse. A resposta a essa questão, como se sabe, é extraordinariamente controvertida" (NEUMANN, Ulfrid. Positivismo, realismo e moralismo jurídicos no debate sobre a contribuição do direito penal para a transição de sistemas políticos. In **Justiça de transição no Brasil: direito, responsabilização e verdade**. Lauro Joppert Swensson Junior ... [et. al.], São Paulo: Saraiva, 2010. p. 133). O autor ainda faz uma importante leitura do problema à luz dos postulados positivistas e(ou) jusnaturalistas, lançando a discussão: o direito de evadir-se do regime assemelha-se ao fugitivo da escravidão?

⁴⁶⁰ ADPF 153-6 / DF – Rel. Min. Eros Grau – j. 29.04.2010 - Decisão: O Tribunal, por maioria, rejeitou as preliminares, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que extinguiu o processo, sem julgamento de mérito, por falta de interesse processual. No mérito, após o voto do Senhor Ministro Eros Grau (Relator), julgando improcedente a arguição, foi o julgamento suspenso. Ausentes o Senhor Ministro Joaquim Barbosa, licenciado, e o Senhor Ministro Dias Toffoli, impedido na ADPF nº 153-DF. Falaram, pelo argüente, o Dr. Fábio Konder Comparato; pelos amici curiae, Associação Juizes para a Democracia, Centro pela Justiça e o Direito Internacional-CEJIL e Associação Democrática e Nacionalista de Militares-ADNAM, respectivamente, o Dr. Pierpaolo Cruz Bottini, a Dra. Helena de Souza Rocha e a Dra. Vera Karam de Chueiri; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams; pelo argüido, a Dra. Gabrielle Tatith Pereira, Advogada-Geral Adjunta do Congresso Nacional e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Roberto Monteiro. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, julgou improcedente a arguição, nos termos do voto do Relator, vencidos os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, que lhe dava parcial provimento nos termos de seu voto, e Ayres Britto, que a julgava parcialmente procedente para excluir da anistia os crimes previstos no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausentes o Senhor Ministro Joaquim Barbosa, licenciado, e o Senhor Ministro Dias Toffoli, impedido na ADPF nº 153-DF. Plenário, 29.04.2010.

e, apesar das tentativas veladas de esconder as vergonhas nacionais na claúsura do passado, o assunto volta à tona como projeção de um inconsciente coletivo hipostasiado. De qualquer sorte, o que se quer dizer com a menção feita a esse caso é que a relação estabelecida entre a necessidade de elucidação da *verdade* e a intenção de *punição* exige, para além da fundamentação jurídica, uma considerável dose de sopesamento de argumentos *moraís*⁴⁶¹. Logo, o palco contemporâneo da jurisdição constitucional não pode ser visto apenas como um *locus* de contraposição entre a vontade majoritária, plasmada pelo Estado-legislador, e a preservação dos interesses das minorias.

Em última análise, na perspectiva da pluralização do debate, o fato de perseguirem “objetivos” e “interesses” específicos não pode servir para deslegitimar a atuação dos entes interessados que venham a se habilitar na condição de *amicus curiae*. Até porque, na esteira do que foi dito acima, o controle de constitucionalidade brasileiro não pode ser visto como um laboratório *asséptico*, onde os interesses subjacentes são norteados apenas para a preservação da ordem constitucional e com o propósito de expurgar o ato normativo inconstitucional (perspectiva kelseniana)⁴⁶².

⁴⁶¹ “A busca e a divulgação da verdade vêm definidas como necessidade de fortalecimento do próprio Estado de Direito em sua fundação, vale dizer: ruptura clara com o Estado totalitário do passado. O uso de um instrumento como o direito penal, que manteve praticamente intacta sua estrutura normativa, não significaria – para além dos seus próprios deficits de legitimidade internos quanto à questão da justificação do direito de punir – antes a continuidade que a ruptura com o passado jurídico? O campo de projeção de todas essas indagações toca em dois pontos específicos o problema da relação entre verdade e direito. De um lado, o esclarecimento da verdade no sentido histórico, uma vez que se pretenda inseri-lo dentro do campo de ação do direito e de um processo judicial, passa a coincidir com a verificação possível e processual de fatos passados – dentro dos limites desse campo de ação. De outro, num ponto mais sensível, a pergunta sobre a verdade se liga à indagação acerca da pretensão de correção (um topos da argumentação moral, compreendido aqui como conceito análogo ao de verdade, a ser utilizado no campo da filosofia prática) de uma decisão judicial, tangendo por isso mesmo a interpretação da lei, e do sistema de normas jurídicas sobre o qual o Estado se apóia” (MARTINS, Antonio. Sobre direito, punição e verdade: reflexões acerca dos limites da argumentação jurídica. *In Justiça de transição no Brasil: direito, responsabilização e verdade*. Lauro Joppert Swensson Junior ... [et. al.], São Paulo: Saraiva, 2010. p. 64).

⁴⁶² Com efeito, são frequentes as assertivas de que – no controle de constitucionalidade concentrado – não há conflito de interesses a ser dirimido: “Nos processos objetivos de controle concentrado em abstrato de atos normativos não há prestação jurisdicional ínsita ao Poder Judiciário e que pressupõe, direta ou indiretamente, conflito de interesses a ser dirimido, mas meios de exercício de forma específica de jurisdição – a jurisdição constitucional – que se traduz em ato político de fiscalização dos Poderes (inclusive do Judiciário) quanto à conformidade, ou não, à Constituição, dos atos normativos por ele editados” (PINHEIRO, Claudia Tran Pitta. A lei n.º 9.868/99 e o sistema de

2.2.5. Muitos amigos?

Costuma-se argumentar que verdadeiramente são poucas as entidades ou organizações capazes de contribuir efetivamente com novos *insights* para o enfrentamento da questão constitucional, pois na maioria das vezes pode-se identificar uma baixa “contributividade” para a solução do caso⁴⁶³. Ao que parece, o “baixo” custo subjacente⁴⁶⁴ à entrega desses tipos de memoriais contribui para sua proliferação.

Cabe reforçar, contudo, que - no âmbito do controle concentrado - o Supremo Tribunal Federal não está atrelado à causa de pedir exibida, razão pela qual o dimensionamento do *thema decidendum* pode restar ampliado com a participação de todos os possíveis interessados. Por outro lado, há algo de *subliminar* nestas manifestações que não pode ser desconsiderado, porque o número de entidades que venha a se habilitar⁴⁶⁵, aliado ao vetor dessas manifestações (defesa ou hostilização do ato confrontado com a Constituição) facilita, ao menos, a compreensão da dimensão do problema, permitindo captar as preferências da opinião pública⁴⁶⁶. E, conforme se verá adiante, no caso específico

controle concentrado de constitucionalidade no Brasil. In **Processo e constituição**. Organizador Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 335).

⁴⁶³ A advertência é endossada por Isabel da Cunha BISCH: “Com efeito, muitos são os debates acerca da utilidade da participação do *amicus curiae* nos Estados Unidos. Há mesmo quem defenda que hoje suas petições não auxiliam os Tribunais a chegar a conclusões mais abalizadas, seja por trazerem dados fáticos repetitivos ou maculados ao desenvolvimento da lide; seja por tumultuarem a celeridade processual, seja, ainda, por trazerem meras opiniões de grupos de interesse” (BISCH, Isabel da Cunha. **O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade: um estudo comparado à luz das experiências americana, européia e brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 74).

⁴⁶⁴ Vide, nesse sentido: RAZZAQUE, Jona. Changing role of friends of the court in the international courts and tribunals. In **Not-State Actors and International Law**. Netherlands: Kluwer Law International, n.º 1, 2002. p. 170.

⁴⁶⁵ “Uma verdadeira ‘avalanche’ de manifestações de *amici curiae* só pode significar o sentimento da sociedade organizada quanto à relevância de uma específica questão que será enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal. Aquela corte deverá, nesses casos, ter sensibilidade suficiente para acatar e analisar tais manifestações como forma inequívoca de *legitimar* sua decisão. Um indeferimento, puro e simples, desse afluxo da sociedade civil organizada é que deve, a todo custo, ser evitado” (BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. Cit., p. 166).

⁴⁶⁶ Não por outra razão, a partir da leitura do direito norte-americano, Damares MEDINA observa que: “Partindo da premissa de que os juízes são sensíveis à opinião pública manifestada por intermédio dos grupos organizados, as implicações da teoria dos grupos de interesses para a atuação dos *amici curiae* perante a Suprema Corte se fazem bastante claras. A fim de maximizar sua imagem individual, ou a imagem da instituição perante a opinião pública, os juízes precisam de informações sobre as preferências dos grupos organizados de forma a sintonizar suas escolhas interpretativas. Um dos

da análise da repercussão geral da questão constitucional discutida na via do recurso extraordinário, o fenômeno em questão pode servir como critério para a delimitação do *índice de objetivação* do processo subjetivo.

Assim, mesmo que se diga que o número de memoriais de *amicus* pode apenas ensejar mera repetição dos argumentos subjacentes ao caso constitucional (objeção frequentemente suscitada no sistema norte-americano), tal hipótese não pode impressionar, pois se o objetivo perseguido pelas técnicas seletivas de julgamento é permitir uma melhor compreensão da causa, não se pode obstar o ativismo dos grupos, organizações da sociedade civil, classes ou categorias econômicas ou mesmo pessoas e entidades conectadas com a questão constitucional. Com efeito, não é isso que vai obstar ou inviabilizar o exercício das competências assinaladas ao Supremo Tribunal Federal⁴⁶⁷.

De qualquer sorte, no sistema nacional, uma vez observado o acúmulo de intervenções de *amici curiae*, com a inversão tumultuária do andamento processual, poderá o relator coibir manifestações imbuídas de pouca contributividade, podendo fazê-lo, inclusive, com fulcro na aplicação analógica da regra do art. 46, § único, do CPC⁴⁶⁸. Mas, cabe reiterar, isso não pode significar uma teorização em prol da idealização de pressupostos processuais, capaz de abonar ou justificar uma postura *discrecionária* do relator, ou ainda a instituição de exigências aleatórias para admissão de *amici curiae*.

mais eficazes canais desse tipo de informação é o memorial de *amicus curiae*" (MEDINA, Damares. Ob. Cit., p. 61).

⁴⁶⁷ "Quanto ao argumento corrente de que um grande número de manifestações de *amici curiae* acabaria, por si só, por inviabilizar a atuação do Supremo Tribunal Federal, o que temos a dizer é que é falso e deve ser repellido. Os trabalhos do Supremo Tribunal Federal não se inviabilizam porque, para o exercício de suas competências constitucionalmente traçadas, dá-se ouvido à sociedade civil organizada ou, mais amplamente, porque, no exercício de sua função institucional, dá-se vazão aos princípios do processo civil, penal e trabalhista, vale dizer, cumpre-se o 'modelo constitucional do processo'. O Supremo Tribunal Federal inviabiliza-se, institucionalmente, quando não dá ouvidos à sociedade ou quando se perde no emaranhado de questiúnculas processuais que, historicamente, desenvolveu para julgar 'não julgando' os recursos e ações de sua competência" (BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. Cit., p. 167).

⁴⁶⁸ "O referencial do art. 46, parágrafo único, do Código de Processo Civil pode, em alguma medida, ser útil para regular a hipótese, quando menos fornecendo elementos mais concretos para aferir o *limite* das intervenções, isto é, até que ponto elas são mais benéficas do que prejudiciais ao andamento do procedimento. O que deve ser evitado, no entanto, é qualquer tentativa de definição dos limites da eficiência do processamento e, pois, do julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade em abstrato, isto é, sem ponderar, adequadamente, as circunstâncias e especificidades de cada caso concreto" (BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. Cit., p. 168).

O que se quer ressaltar, portanto, é que o tratamento dogmático do instituto, com o enquadramento das categorias de *amicus curiae* dentro de certos pressupostos ou condicionantes processuais pode significar a própria “limitação” do seu emprego, circunstância esta que não se coaduna com a *abertura* no processo de interpretação constitucional. Em última análise, as restrições de índole processual não podem gerar distorções atávicas nos direitos fundamentais de participação⁴⁶⁹.

Cabe registrar, por esse aspecto, que diante do incremento dos pedidos de habilitação de *amici curiae*, o Supremo Tribunal Federal se mostrou refratário à manifestação *voluntária* de “professores” (e ou “*experts*” em temas jurídicos) no âmbito do controle de constitucionalidade⁴⁷⁰. A recusa no tocante à participação voluntária de professores e cientistas guarda um contraponto com a possibilidade da Corte Suprema “requisitar” informações *adicionais*, pelos demais canais competentes criados pelo legislador ordinário (Lei n.º 9.868/1999, art. 9º, §§ 1º e 2º; e, Lei n.º 9.882/1999, art. 6º, § 1º). A *requisição* de informações por parte do Supremo Tribunal Federal está lastreada na mesma perspectiva de designação de audiências públicas para permitir a manifestação de cientistas, órgãos, instituições públicas e privadas e entidades com interesse na questão constitucional discutida⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ “Faceta importante a ressaltar é a que a participação no processo para a formação da decisão constitui, de forma imediata, uma posição subjetiva inerente aos direitos fundamentais, portanto, é ela mesma o exercício de um direito fundamental. Tal participação, além de constituir exercício de um direito fundamental, não se reveste apenas de caráter formal, mas deve ser qualificada substancialmente” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *In* **Processo e constituição**. Organizador Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 10).

⁴⁷⁰ DESPACHO ORDINATORIO / EM 03/05/06 NO PG Nº 54712/06: “REGINALDO DA LUZ GHISOLFI requer a sua admissão na presente ação direta de inconstitucionalidade na qualidade de *amicus curiae*. Para tanto, alega que há anos vem estudando as questões relacionadas à utilização do embrião humano. (...) O § 2º do art. 7º da Lei n.º 9.868/99 autoriza o relator da ação direta de inconstitucionalidade, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, a admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades. Sucede que esse não é o aso dos autos. Ainda que patente a relevância da matéria aqui veiculada, é incontroversa a falta de representatividade do postulante, razão por que indefiro o seu pedido. Isso não obstante, recebo a peça apresentada como memorial e determino a secretaria que promova a sua juntada por linha. Publique-se” (STF - ADI 3.510 - DF - Relator: Min. Ayres Britto - j. 05.05.2006).

⁴⁷¹ “Nesse caso, nada impede que o relator determine a publicação de editais e comunicações, em quaisquer veículos de mídia, convidando eventuais interessados a participar da audiência pública, em data e local pré-designados. Poderá, para tanto e para os fins de evitar desnecessário tumulto, impor restrições, seja quanto à qualidade dos interessados, seja quanto ao seu número. O que importa reconhecer é que essa possibilidade não pode ser excluída, porquanto a lei não fixa o procedimento a ser observado pelo relator. Assim, ficará a seu critério, levando-se em conta as peculiaridades de cada caso” (DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. Ob. Cit., p. 96-97).

Todavia, ainda que se possa justificar a “desnecessidade” da intervenção voluntária de “especialistas” versados na questão jurídica, é preciso aceitar que este tipo de situação não se confunde com a participação engajada ou pontual de grupos minoritários, entidades ativistas etc., mesmo que estes não tenham uma “regular” constituição e(ou) representatividade semelhante aos demais legitimados para o controle concentrado.

2.3. A questão envolvendo o *deficit* democrático na jurisdição constitucional.

2.3.1. Os intrincados arranjos entre constitucionalismo e democracia.

A partir do que foi explicitado até aqui, ainda dentro dos contornos da hipótese de investigação, há que se enfrentar o sensível tema do *deficit* de legitimidade da jurisdição constitucional⁴⁷², no embate entre *constitucionalismo* e *democracia*⁴⁷³, cuja tensão é permanente e visceral⁴⁷⁴. Como é de se deduzir, a jurisdição constitucional apresenta-se como uma instância de poder

⁴⁷² “La tesis de un ‘gobierno de los jueces’, como un gobierno sin legitimación democrática, sin responsabilidad, sin capacidad tampoco de responder a las demandas de las sociedades actuales, se origina en los Estados Unidos desde que Theodore ROOSEVELT, en 1913, en réplica a las primeras sentencias en que el Tribunal Supremo aplica lo que se ha llamado el ‘darwinismo jurídico’, esto es, el liberalismo salvaje, que condena toda intervención legislativa en la vida económica, (...) En un famoso discurso de 1937, F. ROOSEVELT presenta su proyecto de reforma del Tribunal (que terminaría rechazando el Senado) en estos duros términos: ‘En tanto que nación, estamos en la situación en que es preciso tomar medidas para salvar la Constitución de las garras del Tribunal’. Y ello porque ‘los Tribunales han destruido el equilibrio de poderes entre las tres ramas del gobierno federal, oponiéndose así directamente a los grandes objetivos que se habían fijado los redactores de la Constitución’ (ENTERRÍA, Eduardo García de. Ob. Cit., p. 167/169). O episódio foi retratado ainda por Paulo BONAVIDES: “Com o apoio da opinião pública, exerceu Roosevelt tamanha pressão sobre os juízes daquela Corte que, uma vez renovada em sua composição, pôde ela prudentemente operar a tempo importantíssima reviravolta jurisprudencial, entregando-se ao exercício de um controle de constitucionalidade mais sóbrio e moderado, ao mesmo passo que se apartava da vetusta orientação anti-social, anti-sindical e anti-intervencionista de seus arestos, nomeadamente os do período em que de forma ostensiva se identificou com o predomínio político e ideológico do individualismo liberal. (...) Quanto mais aceso transcorria o debate da opinião acerca da crise entre o Executivo e a Suprema Corte durante a gestão presidencial de Roosevelt, não faltariam alvitreiros, que variavam desde a reforma da Constituição ao cancelamento do *judicial review* ou a sua obstaculização mediante quorum excepcionalmente alto. Houve até quem insinuasse o *recall* para os arestos mais impopulares lavrados por aquele supremo tribunal” (BONAVIDES, Paulo. Ob. Cit., p. 283).

⁴⁷³ “Democracia e constitucionalismo são concepções políticas originalmente distintas. À democracia importa, prioritariamente, discutir o fundamento e o exercício do poder pelo povo, sendo a regra da maioria um dos instrumentos essenciais para a realização da vontade democrática; já o constitucionalismo moderno, por intermédio da separação de poderes e de uma carta de direitos, irá preocupar-se com os limites do poder, seja esse poder exercido pelo rei ou pelo próprio povo” (VIEIRA, Oscar Vilhena. Ob. Cit., p. 25).

⁴⁷⁴ Conforme anotado por Gustavo BINENBOJM, há uma constatação histórica de que a democracia e o constitucionalismo são o “ponto de partida – não o ponto de chegada – para a organização de uma sociedade que promova o pluralismo, o respeito pelos direitos humanos e a justiça social. As democracias constitucionais vivem, entretanto, sob o influxo de uma tensão permanente e visceral, gerada pela lógica de suas próprias regras básicas de funcionamento. É que assim como o ideal democrático se funda na noção de soberania popular, fonte última do poder político, a ideia essencial que permeia o constitucionalismo é a de limitação do poder” (BINENBOJM, Gustavo. Ob. Cit. p. 02).

*contramajoritária*⁴⁷⁵, devendo estar centrada no esforço hercúleo de garantir a pauta dos direitos fundamentais⁴⁷⁶ e interesses de grupos minoritários contra a vontade das maiorias⁴⁷⁷.

Isso porque os juízes e tribunais, no exercício da jurisdição constitucional, são instados a prestar uma efetiva contribuição na concretização dos direitos constitucionais, gerando uma grande tensão “entre a jurisdição constitucional exercida por este Poder e o princípio democrático, representado pelos Poderes Legislativo e Executivo. Não se trata de um problema de conflitos entre normas de diferentes hierarquias. O que ocorre é que quando se amplia o papel da Constituição e da jurisdição constitucional, acaba-se por se retrair o papel da democracia e vice-versa”⁴⁷⁸. O problema está assentado no fato de que, apesar de o voto majoritário colocar-se como a pedra-de-toque da democracia representativa, o resultado daí decorrente “representa a voz dos vencedores, não o bem comum, e a questão está em saber se apenas o procedimento democrático seria capaz de assegurar um resultado justo e correto para todos”⁴⁷⁹. É aí que se coloca a tensão entre democracia e constitucionalismo, visto que este último é instado a limitar a liberdade de deliberação dos representantes do povo, resguardando os direitos fundamentais das minorias elencados na Constituição.

⁴⁷⁵ Com efeito, a dificuldade *contramajoritária* resulta do “argumento de que órgãos compostos por agentes públicos não eletivos não deveriam ter competência para invalidar decisões dos órgãos legitimados pela escolha popular” (BARROSO, Luis Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 52). O obstáculo *contramajoritário* é tratado por Bruce ACKERMAN ao comentar o papel da Suprema Corte americana: “Quem deu a nove velhos juristas a autoridade de contestar os julgamentos de políticos democraticamente eleitos?” (ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional**. Trad. Mauro Raposo de Mello, Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 10).

⁴⁷⁶ Em outras palavras, “os resultados da regra da maioria devem passar por um teste de constitucionalidade para que não ameacem os direitos fundamentais, os mecanismos que assegurem estes direitos, bem como os próprios procedimentos que viabilizam a continuidade da democracia. Esta a função essencial do constitucionalismo, assegurar os pressupostos éticos da democracia” (VIEIRA, Oscar Vilhena. Ob. Cit., p. 26).

⁴⁷⁷ “À jurisdição constitucional compete realizar tal projeto, atuando como árbitro do jogo democrático e tendo como objetivo assegurar, contra eventuais maiorias, a pauta dos direitos fundamentais e a sobrevivência das minorias políticas. Embora a jurisdição constitucional se apresente como uma instância de poder *contramajoritário*, situada no limite entre o jurídico e o político, sua missão será a de intervir a favor e não contra a democracia” (BINENBOJM, Gustavo. Ob. Cit., p. 10).

⁴⁷⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. p. 17-18.

Aliás, diversas são as formas de se classificar os arranjos institucionais entre democracia e constitucionalismo, sendo que, tradicionalmente, classificam-se as constituições em *rígidas* e *flexíveis*⁴⁸⁰. No grupo das constituições *rígidas*, situam-se aqueles sistemas políticos que distinguem três classes de decisões (i) as de caráter *constitucional-fundamental*, resultantes de um processo qualificado de discussão e amadurecimento; (ii) as decisões de natureza *constitucional-reformador*, derivadas de um poder geralmente atribuído aos parlamentares para alterar o texto original, por intermédio de um quórum diferenciado, supramajoritário; e (iii) as decisões de *caráter ordinário*, deliberadas por meio de maioria simples dos representantes do povo. Daí porque Oscar Vilhena VIEIRA assinala que:

Aos tribunais em geral, ou a uma corte constitucional com exclusividade, é atribuído fiscalizar a submissão das decisões governamentais e parlamentares, fruto de vontades simplesmente majoritárias, às decisões de caráter efetivamente constitucional. Caso seja constatada uma contradição entre essas ordens de decisão, é autorizado ao órgão próprio bloquear a decisão da maioria. Nesse modelo de democracia constitucional a função básica da corte ou do tribunal é conservar a vontade popular, manifestada em momentos constitucionais, frente àquelas decisões tomadas pelos órgãos constituídos ordinários, ainda que com respaldo em uma maioria. Neste grupo estão incluídos aqueles sistemas políticos que adotam uma Constituição rígida. Os Estados Unidos são o grande representante desse grupo. Sua Suprema Corte é o símbolo desse órgão a quem é atribuído o poder de julgar quais decisões que, constituindo uma vontade meramente governamental, não podem se contrapor às decisões efetivamente constitucionais⁴⁸¹.

⁴⁷⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Ob. Cit., p. 23-24.

⁴⁸⁰ "De uma perspectiva procedimental, no grupo das constituições *flexíveis* estão os sistemas mais majoritários que constitucionais, onde a vontade ordinária da maioria, expressa pelos representantes do povo, democraticamente escolhidos, não deve ser limitada, visto que qualquer restrição a essa manifestação da vontade majoritária seria considerada antidemocrática, uma vez que daria maior importância aos participantes que compõem a minoria do que àqueles que integram a maioria. O sistema britânico, com sua Constituição flexível, passível de alteração por vontade ordinária do parlamento, é o principal representante deste modelo. Também poderiam ser incluídos dentro deste modelo as Constituições de Israel, Nova Zelândia e Groelândia" (VIEIRA, Oscar Vilhena. Ob. Cit., p. 27).

⁴⁸¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Ob. Cit., p. 29-30.

Não há que se olvidar que os tribunais e cortes constitucionais são imbuídos de um papel central⁴⁸² na concretização dos ideais do constitucionalismo democrático, na medida em lhes é atribuída a prerrogativa de zelar pela aplicação das regras e limites estabelecidos pela Constituição⁴⁸³. Nesse sentido, pode-se falar em uma *demanda por legitimação*⁴⁸⁴, mesmo porque o Estado *promocional* não conseguiu realizar plenamente as promessas da modernidade⁴⁸⁵, motivando alto grau de conflituosidade social.

⁴⁸² "O papel do judiciário e em particular das cortes e tribunais constitucionais nos sistemas constitucionais contemporâneos não se esgota, no entanto, simplesmente nessa função de bloquear decisões majoritárias ou supermajoritárias que, como se viu, já suscita uma série de problemas de difícil solução, da perspectiva da teoria democrática" (VIEIRA, Oscar Vilhena. Ob. Cit., p. 34).

⁴⁸³ "As suas atribuições constituem, desta maneira, o próprio reflexo das relações entre democracia e constitucionalismo adotadas por cada sistema político. Quanto mais prevalecer a regra da maioria como forma de expressão da vontade política, menores serão as atribuições de um tribunal de caráter constitucional. Em sentido inverso, quanto maior for o rol de princípios e direitos colocados pela Constituição a salvo das decisões majoritárias, mais amplas serão as atribuições de um tribunal constitucional, postando-se, neste caso, como uma instituição precipuamente antimajoritária" (VIEIRA, Oscar Vilhena. Ob. Cit., p. 27).

⁴⁸⁴ Comentando o problema da *demanda por legitimação* do Poder Judiciário espanhol, a professora Nuria Belloso MARTÍN destaca que: "*Cabe preguntarse cuáles han sido los factores que han desencadenado, en la actualidad, la demanda de legitimación del Poder Judicial. Siguiendo a L. VARELA CASTRO podríamos citar la crisis del denominado Estado asistencial y el consiguiente incumplimiento de la función promocional de la igualdad. Se pide que sea el Juez, mediante la aplicación de la ley, el que resuelva la conflictividad social. A ello hay que añadir la divergencia presente en algunas resoluciones judiciales respecto de los valores consolidados en una sociedad progresivamente más democrática. Conviene pues tener en cuenta que por muy grande que sea la fuerza del Poder Judicial, su capacidad para influir en el devenir político-social de un pueblo es mucho menor que la del Ejecutivo o el Legislativo. En otros casos, y debido a la eficacia del Poder Judicial para realizar la función controladora de otros poderes, ha provocado la protesta, por parte de éstos, de un supuesto plus de legitimación. En otros casos, la ausencia de efectivas actuaciones de mecanismos de control de la actuación jurisdiccional, la reconducción de este a ámbitos internos al propio orden jurisdiccional y el carácter difuso y débil del que se ejerce en el espacio político contribuyen a fomentar una sensación de intangibilidad en el Poder Judicial, de claras consecuencias deslegitimadoras*" (MARTÍN, Nuria Belloso. **El control democrático del poder judicial en España**. Curitiba: Universidade de Burbos/Moinho do Verbo, 1999. p. 57/58).

⁴⁸⁵ O emprego do vocábulo é plasmado no conceito ditado por J.J. Gomes CANOTILHO: "Como é sabido, o conceito de modernidade relaciona-se com o modo de construção sócio-política que se impõe no Ocidente partindo de certos vectores fundamentais: (1) crença nas virtudes da razão originadora de um processo de racionalização técnica, económica e política; (2) crença nas virtudes da ciência, conferindo ao homem um senhorio crescente sobre as forças da natureza; (3) crença no sentido da história, acreditando que o sentido da história irá impondo progressivamente a sua lei; (4) crença no universalismo do modelo político racional que irá servir de modelo de referência para todos os povos e para tocar as épocas; (5) crença no sujeito, capaz de prever, calcular e dirigir a sua vida em termo de liberdade individual (subjectivação/individualização)" (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Civilização do direito constitucional. In Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides* / Coord. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra, São Paulo: Malheiros, 2001. p. 110).

Com efeito, não se pode ignorar o papel desempenhado pelos tribunais constitucionais no tocante às democracias contemporâneas, a ponto de levar Karl LOEWENSTEIN cogitar - já em décadas passadas - da transformação dos sistemas governamentais em “*judiocracias*”⁴⁸⁶. Aliás, no tocante ao tema, Jeremy WALDRON observa com aguçada sutileza, que “algo se perdeu” – sob os auspícios do horizonte democrático – quando uma instituição não eleita torna-se responsável por uma decisão *vinculante*, daí porque atenta para os problemas decorrentes de uma “aristocracia judicial”⁴⁸⁷.

2.3.2. A questão envolvendo o *deficit* democrático e a função desempenhada pelos *amici curiae*.

Ao se cogitar a ideia de *deficit* democrático, há que se aceitar que compete à Corte Constitucional a última palavra institucional no âmbito do Estado Democrático de Direito, já que suas decisões não estão sujeitas a qualquer controle posterior. Portanto, sendo o juiz último da autoridade dos demais poderes, o Tribunal Constitucional - nas palavras de Gustavo BINENBOJM - é o *único juiz da sua própria autoridade*⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitución**. 2ª ed., Barcelona: Ariel, 1970. p. 325.

⁴⁸⁷ WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999. p. 248. Em outro texto, Jeremy WALDRON afirma que “um jurista não deveria ficar se dedicando a retratar os membros de uma maioria democrática como predadores irresponsáveis e egoístas” (WALDRON, Jeremy. O *judicial review* e as condições da democracia. In **Limites do controle de constitucionalidade** / Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (Org), Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009. p. 251).

⁴⁸⁸ “Pode-se dizer que à Corte Constitucional cabe pronunciar a *última palavra institucional* no âmbito do Estado democrático de direito, de vez que suas decisões *jurídicas* não estão sujeitas a qualquer controle democrático posterior. Portanto, sendo o juiz último da autoridade dos demais poderes, o Tribunal Constitucional é o *único juiz da sua própria autoridade*” (BINENBOJM, Gustavo. Ob. Cit., p. 49). Para Michel ROSENFELD, “a razão pela qual a jurisdição constitucional contramajoritária pode ser um problema origina-se no seu *status* de freio que é, ele próprio, sem freios” (ROSENFELD, Michel. Jurisdição constitucional na europa e nos estados unidos: paradoxos e contrastes. In **Limites do controle de constitucionalidade** / Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (Org), Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009. p. 200).

Assim, a questão da legitimidade democrática da jurisdição constitucional⁴⁸⁹ pode ser enquadrada a partir de duas matizes: (i) as Cortes constitucionais são compostas, via de regra, por juízes não eleitos, que não se submetem aos controles periódicos da democracia representativa; (ii) suas decisões não estão sujeitas a nenhum tipo de controle democrático posterior⁴⁹⁰.

Trata-se, então, de embate, cuja temática central pode ser sintetizada a partir da metáfora platônica, vale dizer, a ausência de mecanismos democráticos de controle, aliada à questão do *construtivismo* do Tribunal Constitucional, remete à ideia de *reis-filósofos* de Platão (governo de guardiões platônicos), que substituem a vontade dos representantes do povo pelas suas próprias convicções⁴⁹¹. Não muito longe disto, mirando na Constituição, Marilena CHAUI chama atenção para a “a nova morada de Deus”⁴⁹². Destarte, a velha indagação de quem controla o controlador resurge com vitalidade ímpar, até porque, na contemporaneidade, parecem remotas as chances de se refrear as projeções e o alcance da jurisdição constitucional⁴⁹³.

Dessa forma, o delineamento a ser conferido ao instituto do *amicus curiae* pode atenuar o problema da deficiência de legitimação do papel da jurisdição

⁴⁸⁹ “A questão da legitimidade democrática da jurisdição constitucional poderia ser enquacionada, assim, em dois pontos básicos: (*primeiro*) a circunstância de as Cortes Constitucionais serem compostas de juízes não eleitos – embora nomeados, em regra, pelos agentes que detêm mandato popular – que não se submetem aos controles periódicos de aferição de legitimidade de sua atuação, próprios da democracia representativa; (*segundo*) a circunstância de as decisões das Cortes Constitucionais não estarem submetidas, em regra, a qualquer controle democrático, salvo por meio de emendas que venham a *corrigir* a jurisprudência do tribunal” (BINENBOJM, Gustavo. Ob. Cit., p. 51-52).

⁴⁹⁰ Trata-se do chamado *risco democrático*, fenômeno rotulado por Gustavo Binenbojm, eis que “os Tribunais Constitucionais, não apenas por seus juízes estarem imunes aos mecanismos de aferição de legitimidade peculiares aos agentes políticos (eleições periódicas, satisfação à opinião pública), mas, sobretudo, pelo fato de que suas decisões são obrigatórias e definitivas para as demais instituições políticas (governo, parlamento, juízes, sociedade civil), não se sujeitando a qualquer controle democrático posterior” (BINENBOJM, Gustavo. Ob. Cit., p. 11).

⁴⁹¹ “Segundo a crença de seus expositores, o construtivismo do Tribunal Constitucional acaba por estabelecer um governo de ‘guardiões platônicos’ – numa alusão aos *reis-filósofos* de Platão – que substituem a vontade dos representantes do povo pelas suas próprias convicções” (BINENBOJM, Gustavo. Ob. Cit., p. 94).

⁴⁹² CHAUI, Marilena. **Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas**. São Paulo: Cortez, 1990. p. 19.

⁴⁹³ LEAL, Roger Stiefelmann. Ob. Cit., p. 101.

constitucional nas sociedades democráticas⁴⁹⁴, garantindo ainda o “efeito vinculante” dos pronunciamentos do STF, atualmente imposto por vias transversas. Afinal de contas, conforme realçado por Inocêncio Mártires COELHO, nunca é demais lembrar que no âmbito da jurisdição constitucional, “aqueles que não participarem da relação processual, que não assumirem qualquer posição no processo ou que, até mesmo, ignorarem a sua existência, poderão considerar-se *politicamente* não alcançados pelos efeitos da *coisa julgada* e, por via de consequência, *autorizados* a ignorar a força normativa da Constituição”⁴⁹⁵. Assim, para esse autor, a ampliação do número de *tradutores constitucionais autorizados*, ao mesmo tempo em que promove a integração das diferentes perspectivas hermenêuticas, opera como instrumento de prevenção e solução de conflitos⁴⁹⁶. Logo, a aceitação dos pedidos de *amicus curiae*, seja pela suficiente representatividade do postulante, seja pela potencial contribuição daí advinda, seja ainda pela afetação dos interesses de grupos minoritários, não pode estar adstrita a uma simples análise *discrecional* do relator do feito⁴⁹⁷. Vale dizer: não se trata aí de conceder em prol do interessado a prerrogativa de se manifestar no contencioso constitucional, como se tal

⁴⁹⁴ Vide, nesse sentido, o estudo de Paolo BIANCHI (BIANCHI, Paolo. Un'amicizia interessata: l'amicus curiae davanti alla corte suprema degli stati uniti. In **Giurisprudenza costituzionale**. Fasc. 06, nov-dez. 1995, Ano XI, Giuffrè).

⁴⁹⁵ COELHO, Inocêncio Mártires. Ob. cit., p. 126.

⁴⁹⁶ “Do ponto de vista *procedimental*, para que essa abertura hermenêutica possa gerar frutos *segundo a sua espécie*, faz-se necessário integrar a realidade no processo de interpretação constitucional, o que só se alcançará se forem criados mecanismos idôneos para captar, filtrar e absorver os anseios de todos os atores da cena social. É que, embora intérpretes *não-oficiais* da Lei Fundamental, nem por isso os chamados grupos intermediários e o próprio cidadão, deixam de ser legítimos *interessados* na sua aplicação. Detentores permanentes da privilegiada condição de sujeitos do processo constituinte e de realizadores e destinatários finais da Constituição, de nada lhes adiantaria ostentar esse *título de nobreza* se lhes fosse vedado participar do processo de tradução da vontade constitucional. Destarte, se a jurisdição constitucional, de forma natural e continuada, conseguir preservar a sintonia entre o programa normativo e o âmbito normativo, vale dizer, entre a *interpretação constitucional* e a *realidade constitucional* - tarefa que será tanto mais facilitada, quanto maior for a sua capacidade para auscultar e compreender os anseios sociais -, as cortes que exercem essa jurisdição política estarão legitimando os resultados da sua atividade hermenêutica e, provavelmente, até mesmo preservando a sua própria *existência* no marco do Estado Democrático de Direito” (COELHO, Inocêncio Mártires. Ob. cit., p. 127-128).

⁴⁹⁷ “É que, em última análise, o ingresso do *amicus curiae* dependerá da vontade e da livre discricionariedade do juiz. Se não há de se falar em direito subjetivo ao acesso do amigo da corte à jurisdição constitucional, não há como falar em papel democratizador do *amicus*. Pode-se dizer, sim, pluralização do debate, na medida em que outras luzes poderão iluminar o processo de tomada de decisão judicial. Contudo, essas luzes apenas poderão ser lançadas a partir do crivo do contraditório do relator do processo” (MEDINA, Damares. Ob. Cit., p. 76)

possibilidade resultasse de uma mera *liberalidade* ou faculdade *discrecional* do integrante da Corte Suprema.

Como é de se observar, o tema em questão assume salutar importância para as discussões envolvendo a concretização dos direitos fundamentais⁴⁹⁸. Afinal, consoante foi dito no início, os tribunais passaram de uma posição meramente *negativa* ou de *bloqueio*, para uma situação em que lhes são conferidas competências *positivas*. A agregação desses novos elementos aos textos constitucionais contemporâneos ampliou os espaços e os debates constitucionais, moldando o papel dos tribunais e impelindo-os para além da tradicional função de bloqueio⁴⁹⁹. Daí porque notadamente os tribunais constitucionais têm sua função delimitada pelo arranjo estabelecido no limiar da democracia (com o primado da regra da maioria⁵⁰⁰) e do constitucionalismo⁵⁰¹.

Com efeito, os procedimentalistas afirmam que a legitimidade da jurisdição constitucional pode ser aferida a partir de uma perspectiva democrático-

⁴⁹⁸ “Se a implementação da vontade constitucional depende em larga medida de uma ação positiva dos poderes públicos e essa não existir, a sociedade recorrerá ao judiciário para ver realizar seus direitos constitucionais. A atribuição de poderes positivos ao poder judiciário, para suprir essas omissões, provoca dificuldades tanto técnicas, como de justificação do seu poder, frente a uma teoria democrática. Isto porque não estão os juízes treinados para a função de *decision makers*, nem legitimados majoritariamente para isto” (VIEIRA, Oscar Vilhena. Ob. Cit., p. 37).

⁴⁹⁹ “O papel dos tribunais responsáveis pela guarda e fiscalização da aplicação da constituição tornou-se, de qualquer forma, extremamente mais complexo, o que não significa que estes não possam ou não devam fazê-lo. Os tribunais, principalmente aqueles com jurisdição constitucional, de uma posição de legisladores negativos, como pretendia Kelsen, passaram a estar envolvidos em diversas novas tarefas, entre as quais a de zelar pela aplicação positiva da vontade constitucional e eventualmente substituir ao legislador ou administrador omissos e concretizar diretamente os direitos constitucionais de um indivíduo ou coletividade. O poder daqueles responsáveis pela aplicação do direito foi aumentado ao serem encarregados de decidir com base em normas de conteúdo aberto ou ainda a partir de normas de conteúdo conflitante, resultantes do caráter compromissário da constituição” (VIEIRA, Oscar Vilhena. Ob. Cit., p. 39-40).

⁵⁰⁰ A definição da “regra da maioria” é trabalhada por Celso Fernandes CAMPILONGO, o qual refere-se à “técnica de tomada de decisões coletivas que maximiza a liberdade individual e assegura a ampla e igual participação política dos cidadãos, aproximando governantes e governados por meio de uma prática social de legitimação eventual, finita no espaço e no tempo, que sujeita as decisões à contínua revisão e mantém a sociedade unida” (CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 38).

deliberativa⁵⁰², com constante diálogo entre o Judiciário e a sociedade civil, na esteira dos parâmetros impostos por HABERMAS⁵⁰³ e ELY⁵⁰⁴. Ou seja, a democracia procedimental funda-se “na defesa do procedimento democrático, na medida em que privilegia os direitos que garantem participação política e processos deliberativos justos, independentemente do resultado a ser alcançado”⁵⁰⁵.

⁵⁰¹ “Quanto mais democrático for um sistema político, no sentido de um regime onde as decisões são tomadas com base na regra da maioria, menor serão as atribuições de um tribunal constitucional, restando a estes tão-somente a função de garantir que as regras democráticas, principalmente a igualdade dos cidadãos na tomada de decisões públicas, não sejam violadas. Em contrapartida, a função dos tribunais constitucionais será tanto maior, quanto mais constitucionais forem os sistemas políticos, o que significa dizer, quanto maior for o número de assuntos colocados acima dos procedimentos de decisão majoritários, por intermédio da sua constitucionalização” (VIEIRA, Oscar Vilhena. Ob. Cit., p. 40).

⁵⁰² “Daí se vê uma nítida preocupação, não com os valores democráticos como produtos da discussão pública argumentativa, e sim com o procedimento adotado para se chegar a determinada conclusão. Na aceitação da decisão final, menos importaria a *substância* que a obediência ao seu *procedimento*, obedecida a premissa deliberativa de argumentação pública entre iguais” (VIEIRA, Renato Stanzola. Ob. Cit., p. 39).

⁵⁰³ “Com sua ‘teoria do discurso’, Habermas sustenta que só tem legitimidade o direito que surge da formação discursiva da opinião e da vontade dos cidadãos que possuem os mesmos direitos. Sendo evidente que, nestes casos, é preciso que os cidadãos não só possuam os mesmos direitos efetivamente, mas que tenham as mesmas condições de exercício destes direitos. Para Habermas, não basta que, tal como no positivismo jurídico, o direito tenha sido criado obedecendo ao procedimento previsto na Constituição para ser legítimo. A legitimidade do direito, para este autor, está atrelada ao princípio democrático, e para que o mesmo seja observado, os destinatários do direito deve se ver como autores desse direito, de forma a haver maior legitimação e aceitação do direito imposto, e menos conflitos na sociedade” (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Ob. Cit., p. 32).

⁵⁰⁴ Com efeito, “John Hart Ely veio, já na época da Corte Warren – período de maior ativismo judicial da Suprema Corte – a ser um dos grandes defensores da limitação do ativismo judicial, posicionando-se contrariamente à ideia de que o papel da Suprema corte americana seria o de averiguar o peso de um princípio moral da sociedade americana e convertê-lo num princípio jurídico. Ely é contrário à ideia de que a Suprema Corte só estaria a buscar um consenso que já existe na sociedade, pois, na sua visão, é impossível um consenso acerca de determinado assunto por parte da coletividade, sendo que quando há um aparente consenso, é porque existe apenas uma dominação de alguns grupos por outros, o que demonstra o caráter antidemocrático desse pensamento. Ely reforça a opinião de que seria difícil que a Suprema Corte verificasse um suposto consenso moral existente na sociedade, sem, contudo, colocar sua própria opinião pessoal, sustentando, ainda, que a busca de um suposto consenso moral levaria a uma insegurança jurídica. (...) Vê-se, assim, que a principal posição adotada por Ely, enquanto defensor de uma concepção procedimental de democracia, consiste no fato de dar primazia à democracia, como forma de representação da soberania popular, razão pela qual defende que a jurisdição constitucional deve estar limitada a assegurar a efetividade dos processos deliberativos nos quais se forma a opinião e a vontade dos cidadãos, sob pena de ofensa à própria democracia. A teoria formulada por Ely, enquanto defensor de uma concepção procedimental de democracia, tem, conseqüentemente, como pontos centrais a ‘precedência do princípio democrático sobre princípios e direitos substantivos, e na ilegitimidade dos juízes para adotarem decisões substantivas de valor em um regime democrático’” (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Ob. Cit., p. 26-31).

⁵⁰⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Ob. Cit., p. 25.

Em contrapartida, os substancialistas almejam a legitimação das decisões constitucionais a partir dos argumentos de política e argumentos de princípio. Para DWORKIN, a teoria majoritária da democracia não pode ser o seu único fundamento. Assim, o autor passa a defender a supremacia dos direitos fundamentais, os quais, segundo ele, conferem legitimidade suficiente à atuação do Poder Judiciário na revisão das leis advindas do Parlamento ou ainda diante dos atos emanados do Executivo. Por conseguinte, DWORKIN defende o ativismo judicial, com base no emprego de argumentos de princípio (substantivos)⁵⁰⁶.

No Brasil, conforme adverte Renato Stanzola VIEIRA, algumas teses procedimentalistas não foram absorvidas com simpatia, pois parte-se da premissa de que não se podem levar a sério as reivindicações e os direitos cívicos dos cidadãos se lhes faltam “pré-condições procedimentais da democracia, como por exemplo, o direito à saúde, à educação, à moradia, ao transporte. Emblematicamente: soa difícil que os cidadãos sejam tratados como iguais se, por exemplo, não se lhes dá a oportunidade de igual ciência sobre programas eleitorais, e sobre – o que é noticiado no Brasil a cada eleição – iguais condições de transporte aos locais de votação”⁵⁰⁷. A discussão, nos dias atuais, segue acirrada diante dos influxos do neoconstitucionalismo, consoante ver-se-á no tópico seguinte.

⁵⁰⁶ Em suas palavras, “nosso sistema constitucional baseia-se em uma teoria moral específica, a saber, a de que homens têm direitos morais contra o Estado. As cláusulas difíceis da Bill of Rights, como as cláusulas do processo legal justo e da igual proteção, devem ser entendidas como um apelo a conceitos morais, e não como uma formulação de concepções específicas. Portanto, um tribunal que assume o ônus de aplicar plenamente tais cláusulas como lei deve ser um tribunal ativista, no sentido de que ele deve estar preparado para formular questões de moralidade política e dar-lhes uma resposta” (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Beira, São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 231).

⁵⁰⁷ VIEIRA, Renato Stanzola. Ob. Cit., p. 42.

2.4. Jurisdição constitucional e neoconstitucionalismo.

2.4.1. Os momentos do constitucionalismo mundial.

Como já foi assentado, a fecunda discussão envolvendo o papel da Constituição no Estado de Direito, a concepção de democracia e o controle de constitucionalidade - a partir do viés da jurisdição constitucional - assumem a maior importância nos quadrantes atuais das sociedades contemporâneas. São temas intrincados e marcados por um sistema de *vasos comunicantes*, cujo liame comum remete-os para o cenário privilegiado da jurisdição constitucional e do papel tributário aos Tribunais Constitucionais.

Apesar de subsistir a fé e a crença de alguns⁵⁰⁸, o *declínio* da política⁵⁰⁹ e a crise e o imobilismo dos parlamentos são fenômenos que permitem afirmar que no século XXI a palavra é confiada à jurisdição constitucional⁵¹⁰. Com efeito, Nicola PICARDI afirma que o século XX foi dedicado à *codificação*, tendência esta que foi revertida apenas em suas últimas décadas (movimento de *decodificação*). Para este

⁵⁰⁸ Com efeito, Antonio Carlos Alpino BIGONHA e Luiz MOREIRA afirmam que a crise econômica mundial de 2009 gerou uma reviravolta na concepção de Estado, conduzindo um repensar na separação de poderes: "Realizada a reforma na estrutura do Estado brasileiro, o outro lado da moeda seria a reforma da representação política, que seria operada pelo fortalecimento dos partidos políticos e da soberania popular mediante: (...) o fortalecimento dos partidos seria instituído pela fidelidade partidária, pelo financiamento público das campanhas e pela lista partidária. A definição da lista partidária pelos partidos seria precedida de prévias, nas quais a formação da lista caberia aos filiados" (BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. Legitimidade do estado e a revisão parlamentar do controle de constitucionalidade. *In Limites do controle de constitucionalidade*. Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (org.). Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009. p. 07-08).

⁵⁰⁹ "A democracia liberal era calcada em dois postulados hoje contestados: a existência de uma esfera política, lugar de consenso social e de interesse geral; a existência de atores, dotados de uma energia própria, exercitando os seus direitos, manifestando a sua 'força', antes mesmo de a sociedade os tornarem sujeitos autônomos. Ao invés de sujeitos autônomos só existem situações efêmeras, em função das quais se formam alianças provisórias apoiadas nas competências mobilizadas para aquela ocasião. Ao invés de um espaço político, lugar de solidariedade coletiva, só há percepções dominantes, tão efêmeras quanto os interesses que as manipulam" (GHÉHENNO, Jean Marie. *O fim da democracia*. 2ª ed., Trad. Howard Maurice Johnson, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999. p. 39-40).

⁵¹⁰ "Os séculos XVIII e XIX foram do Poder Legislativo enquanto no século XX predominou o Executivo. As condições históricas forjam suas próprias necessidades e as respostas necessárias a cada qual das situações que se oferecem ao resguardo das liberdades públicas. O século XX vê o seu final mostrar a face recatada e quase sempre silenciosa do Poder Judiciário como garantia essencial dos direitos fundamentais. Todos os indicativos que se têm são de que sobrevém uma quadra na qual esse Poder terá um papel decisivo no modelo de Estado e de sociedade que predominará. Logo, o figurino jurídico a ser não apenas posto, mas sobretudo aplicado em cada sociedade dependerá essencialmente do Poder Judiciário. Daí que o próprio paradigma a ser adotado para a reconstrução orgânica do Poder Judiciário e para a forma de se desempenharem as funções que lhe são entregues, e mesmo estas funções, são repensadas" (ROCHA, Carmen Lúcia

autor, o início do século XXI, permite compreender a “vocação do nosso tempo para a jurisdição e a doutrina jurídica”⁵¹¹. Não há exagero nisso. O constitucionalismo contemporâneo, assim, faz por plasmar esta *tendência*, permeada ainda pela busca de uma teorização constitucional inovadora, e que se revele satisfatória para responder pela aparente fissura entre democracia e Constituição⁵¹².

Alguns segmentos doutrinários, à guisa de tangenciar tais questões, preferem sustentar apenas que o processo decisório envolvendo as questões constitucionais exige uma forma de *interpretação e motivação diferenciada*. Há que se aceitar, entretanto, que os dilemas da jurisdição constitucional e do processo decisório sugerem uma teorização mais sofisticada.

Convém observar que, nas últimas décadas, a relação entre esses intrincados cenários foi marcada por *momentos* (ou fases) mais ou menos característicos do constitucionalismo mundial⁵¹³. Evidentemente, não é possível circunscrever a conformação destas etapas ou fases a partir do viés cronológico e temporal, de modo que cada ordem jurídica soberana restou influenciada por desígnios históricos, que plasmaram os seus diversos momentos constitucionais.

Com efeito, ao se considerar superada a compreensão da Constituição a partir do viés meramente historicista, tem-se que o fenômeno constitucional passou a inspirar outra concepção valorativa, a partir do âmbito de sua *normatividade*. Logo, é possível identificar um primeiro estágio de compreensão da Constituição, a partir de sua *carga de normatividade*. Tal estágio evolutivo coincide, em certa medida, com a proeminência das Constituições “programáticas”, que pretendiam organizar uma nova concepção de Estado fulcrada na distribuição de justiça social. A partir desta

Antunes. A reforma do poder judiciário. In **Revista de direito administrativo**. n.º 211, Editora Renovar, janeiro-março 1998. p. 95).

⁵¹¹ PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Organizador e revisor técnico da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 02.

⁵¹² “En la fórmula contemporánea de la democracia constitucional parece estar contenida la aspiración a un justo equilibrio entre el principio democrático, dotado de valor constitucional a través de las instituciones de la democracia política y el mismo papel del legislador y del gobierno, y la idea – insita en toda la tradición constitucionalista – de los límites de la política a fijar mediante la fuerza normativa de la constitución y, en particular, a través del control de constitucionalidad siempre más determinante en el ámbito de las democracias modernas” (FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la antigüedad a nuestros días**. Madrid: Editorial Trotta, 2001. p. 163-164).

⁵¹³ “A compreensão da relação entre Constituição, democracia, jurisdição, controle de constitucionalidade, exige a apreensão do debate constitucional, que vivenciamos nos últimos 50

forma de leitura, foi e continua sendo importante insistir: a Constituição é *norma*, produzindo algum grau de vinculatividade, condicionando, assim, no mínimo, a irradiação do fenômeno legislativo infraconstitucional.

Perceba-se ainda que, nessa fase, propugnou-se pela criação de certas ferramentas dogmáticas que permitissem adequadamente o resguardo da compreensão e realização da Constituição. É a partir desse ambiente, portanto, que o constitucionalismo brasileiro passou a cogitar o postulado da *filtragem constitucional*⁵¹⁴, cujo eixo hermenêutico girava em torno da defesa da força normativa da Constituição, da necessidade de uma dogmática constitucional comprometida com os princípios, bem como com o desenvolvimento de novos mecanismos de concretização constitucional, notadamente a partir da constitucionalização do direito infraconstitucional⁵¹⁵. Em síntese: a filtragem constitucional restou assentada fortemente na premissa da preeminência normativa da Constituição, forjada dentro de uma leitura prospectiva, na linha do já mencionado *sistema aberto de regras e princípios*, cujo desiderato consiste em visualizar o fenômeno constitucional em sua perspectiva jurídico-normativa, num ininterrupto diálogo do jurídico com as dimensões social, política e econômica.

Forçoso concluir que tais debates descortinaram ainda os inúmeros problemas de exegese normativa resultantes da *pré-compreensão* do intérprete⁵¹⁶,

anos. Esse debate constitucional pode ser sintetizado em quatro ou cinco momentos" (CLÈVE. Clèmerson Merlin. Controle de constitucionalidade e democracia, p. 51).

⁵¹⁴ Vide, neste sentido: SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional – construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

⁵¹⁵ Com efeito, "a constitucionalização dos direitos e dos princípios ocorrida no período imediatamente posterior ao segundo pós-guerra ruiu em definitivo o Estado de Direito Legalista do século XIX. O positivismo, de matriz racionalista apodídica, do chamado paradigma legalista, em que a lei era a fonte primária única e se apresentava confiável para solucionar em abstrato todas as questões surgidas no sistema, foi substituído por técnicas legislativas mais abertas, a exemplo das chamadas 'cláusulas gerais', obrigando o juiz à criação no caso concreto e a doutrina à busca de modelos normativos jurisprudenciais para conferir certa estabilidade ao direito aplicado" (ZANETTI JR., Hermes. **Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 54).

⁵¹⁶ Ora, parece claro que "o que um observador vê depende em parte de sua experiência, de seu conhecimento anterior, de suas expectativas e de suas predisposições" (ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade jurídica & legitimidade democrática**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005. p. 24).

por ser sujeito integrante da realidade e do contexto material do fenômeno jurídico e, de consequência, capaz de influenciar na própria estrutura da norma jurídica⁵¹⁷.

Assim, essas janelas e teceduras reforçaram a compreensão da Constituição como *reserva de justiça*, de modo a se questionar acerca da eventual possibilidade e surgimento de leis inconstitucionais e injustas⁵¹⁸. Dessa forma, o mecanismo do controle de constitucionalidade das leis fez por irradiar-se em direção a outras dimensões (como a da justiça material, realidade social etc.). Ainda nesta ordem de raciocínio, a realização da normatividade superior da Constituição impõe, consoante já foi dito, a adoção de novas técnicas decisórias na seara da jurisdição constitucional (daí a falar-se em “interpretação conforme”, “nulidade parcial sem redução de texto”, “vinculação do legislador”, dentre outras).

Além disso, seguindo a linha do que foi exposto, um *segundo momento* marcante do debate constitucional envolve a *emergência* dos Tribunais Constitucionais. Trata-se, neste viés, do momento do “apelo ao juiz contra o legislador”.⁵¹⁹ A *terceira* destas ondas ou fases acentuou a valorização dos Tribunais Constitucionais, surgindo a partir da *redemocratização* de alguns países peninsulares europeus (Portugal, Espanha etc.), movimento este que fez por projetar ecos na América do Sul, com forte apelo no ambiente que fez por eclodir a Constituição brasileira de 1988. Suzana POZOLLO afirma, nesse diapasão, que a superação do modelo de Estado legalista, típico do liberalismo clássico, principalmente com as Constituições do Pós-Segunda Guerra, conduz à adoção de um novo método de compreensão do fenômeno jurídico. Observa-se, com isso, uma

⁵¹⁷ “Assim, enquanto o círculo hermenêutico reflete a concepção de que o processo compreensivo tem início desde o lugar da pré-compreensão (ou pré-conceito) do intérprete, enquanto condição fundamental para que os entes ganhem sentido e a verdade ‘aconteça’, a unidade da applicatio judicial reflete a impossibilidade de realização da compreensão por partes, de maneira seqüencial, pois o sujeito que ‘compreende’ o faz por um ato contínuo e dialético, à medida que já está inserido na totalidade do universo lingüístico e dele não se desprende” (MARRAFON, Marco Aurélio. Hermenêutica e argumentação ético-material na aplicação do direito. *In Crítica Jurídica*. Revista Latinoamericana de política, filosofía y derecho, n.º 24, 2005. p. 118).

⁵¹⁸ Ora, partindo da premissa de que as *palavras* não são hábeis a segurar o seu “sentido”, “o que se delimita ao Poder Judiciário é a verificação da adequação possível, ou seja, se a norma criada pelo intérprete não escapa da regra e, assim, do raio de alcance da estrutura lingüística do enunciado, das suas palavras” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei. *In Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos* / Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Martonio Mont’Alverne Barreto Lima (org.), Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 232). (grifos no original).

sensível alteração nos ordenamentos jurídicos, fundados em Constituições que se reconhecem como normas, princípios de justiça, dotadas de efetividade⁵²⁰. Dentro dessas perspectivas, o legislador, alçado inicialmente ao papel de proteger o cidadão, passa a ser visto como *veículo de opressão* e, ao contrário do que se apostava⁵²¹, ele próprio passa a ser visto, em certas nuances, como *agente violador* da Constituição.

2.4.2. As ousadias do neoconstitucionalismo.

Ao se propugnar por uma nova concepção materializada acerca da Constituição, parte-se da compreensão de que o positivismo e as técnicas de interpretação mecanicistas não dão conta de engendrar soluções para os casos jurídicos marcadamente complexos. Nasce, daí, a necessidade de se revisar a teoria da separação de poderes, a dimensão do princípio democrático, o método de compreensão e interpretação do Direito e, com isso, a dimensão do controle de constitucionalidade e a legitimação do sistema jurídico. São essas as principais circunstâncias determinantes dos chamados movimentos “neoconstitucionalistas” e suas *ousadias*.

Em última análise, o momento do constitucionalismo contemporâneo - sob os influxos do que vem sendo chamado de neoconstitucionalismo - estrutura-se por meio de um conjunto de teorias que, identificando uma alteração substancial no formato e no papel das Constituições, buscam criar elementos para fundamentar um novo arsenal teórico de compreensão do fenômeno jurídico. Assim, pode-se dizer

⁵¹⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Controle de constitucionalidade e democracia, p. 53.

⁵²⁰ POZZOLO, Suzanna, Un constitucionalismo ambiguo. *In* **Neoconstitucionalismo(s)**. CARBONELL, Miguel (org.). Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 190.

⁵²¹ “A compreensão inicial era, afinal de contas, de que o legislador seria incapaz de ofender os direitos fundamentais, seria incapaz de agredir a igualdade e a liberdade, exatamente, porque ele encarnava a vontade popular, sendo ele mesmo o povo, não seria capaz de agredir a si mesmo. A história constitucional demonstrou exatamente o contrário. E o curioso é que o sufrágio universal – essa descoberta fantástica na história da humanidade – talvez tenha sido o responsável pela compreensão de um novo papel da lei e, ao mesmo tempo, pela visualização da lei como, possivelmente, um instrumento de agressão à Constituição e também aos direitos fundamentais. Porque, num contexto de representação censitária, onde o Parlamento era mesmo composto por homens iguais, integrantes todos de uma mesma classe social, onde não havia disputas de interesses, certamente que aí, mediante um debate de homens iguais que professavam a mesma fé, era possível conceber a lei como uma espécie de descoberta de algo natural que já era dado” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. Controle de constitucionalidade e democracia, p. 53-54).

que, esse novo (ou “neo”) constitucionalismo⁵²² se contrapõe ao constitucionalismo clássico liberal do sécs. XVIII e XIX, estando marcado fortemente pela prioridade conferida à concretização, atuação e garantia dos direitos fundamentais, com ênfase no postulado do Estado Constitucional e Democrático de Direito⁵²³.

Nessa linha de argumentação, Paulo Ricardo SCHIER afirma que precisou o neo-constitucionalismo oferecer suas luzes ao fenômeno jurídico, pois agora se fala do “pós-positivismo, da inevitável intervenção da moral na solução dos casos difíceis, da técnica da ponderação na aplicação do direito, no ingresso dos fatos e da realidade na própria estrutura da norma jurídica, reconhecemos certa liberdade interpretativa criativa aos magistrados, a intervenção de sua esfera de pré-compreensão no processo decisório, a união lingüística entre sujeito e objeto e, dentre outras conquistas, a afirmação da especial normatividade dos princípios”⁵²⁴. Em outras palavras, o pós-positivismo pode ser identificado como a expressão jurídico-filosófica do neoconstitucionalismo. E, de mais a mais, a ascensão deste pós-positivismo⁵²⁵ é marcada por uma indisfarçável aproximação do fenômeno jurídico com a moral, com a valorização dos princípios e dos direitos fundamentais⁵²⁶.

⁵²² Não há que se olvidar que, “aquilo” que a doutrina tem designado como “neoconstitucionalismo”, não substancia, organicamente, uma nova teoria constitucional ou um paradigma jusfilosófico. Antes disso, parece tratar-se, o “neoconstitucionalismo”, em verdade, “de um momento teórico em que os constitucionalistas buscam a superação de modelos jurídicos positivistas e formalistas projetados ao discurso e dogmática constitucionais. Um momento em que se busca soluções mais adequadas para as questões constitucionais diante das insuficientes respostas positivistas. Daí, então, justifica-se o entendimento de não haver sempre convergência entre os diversos modelos do pensamento ‘neoconstitucionalista’” (SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. *In Crítica Jurídica*, Revista Latinoamericana de política, filosofia y derecho, n.º 24, 2005. p. 135).

⁵²³ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. *In Neoconstitucionalismo(s)*. CARBONELL, Miguel (org.). Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 85-86.

⁵²⁴ COMANDUCCI, Paolo. Ob. Cit., p. 86.

⁵²⁵ “O pós-positivismo, movimento preconizado por autores como John Rawls, Ronald Dworkin, Karl Larenz, K. Engisch, Peter Häberle, Friedrich Müller, Robert Alexy e W. Canaris, é uma forma de abordagem do Direito que, de certa forma, alia elementos do positivismo e do jusnaturalismo, unindo as noções de constitucionalismo com elementos morais na chamada *volta aos valores* ou *virada Kantiana* (*Kantischen werden*)” (KUBLISCKAS, Wellington Márcio. Ob. Cit., p. 225).

⁵²⁶ “Frise-se que a grande inovação trazida pelo neoconstitucionalismo em matéria de direitos fundamentais não foi propriamente a sua previsão nos textos constitucionais – até porque as Constituições editadas a partir do movimento constitucionalista do século XVIII, via de regra, já traziam em seu bojo um rol de direitos e garantias fundamentais –, mas a elevação de tais direitos à condição de normas essenciais dentro do sistema constitucional – materialmente superiores às

Pode-se identificar, a partir de Luis Prieto SANCHIS⁵²⁷, os postulados centrais do que ele chama de uma “teoria jurídica” calcada na perspectiva neoconstitucionalista: (i) a presença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos relevantes – onipotência da Constituição; (ii) a coexistência de uma constelação plural de valores assegurados no texto constitucional; (iii) há mais princípios do que regras; (iv) há mais ponderação do que subsunção; (v) onipotência judiciária em lugar da autonomia do legislador ordinário.

Portanto, diante das premissas firmadas, tem-se que o novo constitucionalismo é dominado pela dimensão valorativa que permite reconhecer uma rematerialização da Constituição. Afinal, é inegável que as atuais cartas constitucionais – ou o seu referencial de compreensão – são permeadas de *valores*, os quais serão positivados mediante os princípios jurídicos⁵²⁸. É nesse aspecto que Pietro SANCHIS aponta o que ele denomina *onipotência da Constituição*. Afirma, assim, que essa característica será determinada em face de seu conteúdo material, composto por valores, princípios fundamentais, diretrizes ao poder público, em razão do que dificilmente haverá uma questão jurídica relevante que não encontre tratativa dentro do texto constitucional, e, às vezes, distintas orientações. Ou seja, seria possível afirmar que por trás de cada preceito legal sempre haverá uma norma constitucional que o confirma ou que o contradiz – é o que o autor chama de *irradiação* do texto constitucional.⁵²⁹

É essa dimensão principiológica que permite colocar a Constituição como verdadeiro fundamento material de toda ordem jurídica, de modo que será possível

demais normas constitucionais e dotadas de força suficiente para pautar a forma de sua interpretação e aplicação” (KUBLISCKAS, Wellington Márcio. Ob. Cit., p. 228).

⁵²⁷ SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo. In **Neoconstitucionalismo(s)**. CARBONELL, Miguel (org.). Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 123.

⁵²⁸ “Com efeito, o positivismo jurídico recebeu contemporaneamente o impacto do caso especial do constitucionalismo de princípios. Pode-se configurar-se que este último modelo apresenta hoje uma proposta teórica que pretende inserir no interior do conceito de direito um *topos* principialista derivado da plasmação jurídico-constitucional de certos valores morais, densamente ‘formatados’ em princípios reitores da teoria jurídica contemporânea, já tão fortemente marcada pelo constitucionalismo” (DUARTE, Écio Oto Ramos. Ob. Cit., p. 26).

⁵²⁹ SANCHÍS, Luis Prieto. Ob. Cit., p. 132.

sustentá-la como um pacto dotado de verdadeira reserva de justiça⁵³⁰. Com isso, na fase pós-positivista, “os princípios passam a caracterizar o próprio ‘coração das constituições’, iluminando a leitura de todas as questões da dogmática jurídica”⁵³¹, que devem passar pelo necessário processo de filtragem constitucional axiológica.

Nessa perspectiva axiológica, novamente SANCHÍS reconhece que há valores consagrados no texto constitucional que, por vezes podem levar a verdadeiras *antinomias* diante de casos concretos. Neste tópico, chega a afirmar que, com alguma porção de exagero, seria possível admitir que não existe norma substantiva da Constituição que não encontre diante de si outras normas capazes de fundamentar uma solução contrária para um dado caso concreto. Por aí se veem a importância do debate e a abertura no processo de interpretação da Constituição.

Tal circunstância, contudo, é resolvida em face da natureza das normas que integram a ótica neoconstitucionalista que, como antes referido, são de duas espécies: regras e princípios. Desse modo, SANCHÍS retoma a conhecida questão que diferencia a forma de solução de conflitos entre regras e colisão de princípios. Ou seja, parte-se da noção de que um conflito envolvendo regras se resolve pela regra do tudo ou nada, vinculada a questão a um juízo de validade. Já no caso dos princípios, mesmo em caso de colisão, a aplicação de um deles a um dado caso concreto não torna sem efeito aquele cuja aplicação resultaria em uma solução contrária⁵³². Não por outro motivo, reconhece que os princípios (constitucionais ou não) exigem ferramentas específicas de interpretação, o que faz recair em um dos postulados do neoconstitucionalismo: mais *ponderação* do que *subsunção*.

Da mesma forma, Suzana POZZOLO afirma que diante de um ordenamento composto por princípios, necessária, ainda, a adoção de um novo método de interpretação, qual seja, uma técnica de ponderação, conectada à razoabilidade prática de instrumentos equitativos. Destarte, “el intérprete, en el fondo, deberá elegir entre la estricta legalidade y la justicia sustancial, adoptando la solución menos traumática y más compatible con la realidad (ocasional) y con el sistema

⁵³⁰ SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo, p. 139.

⁵³¹ Idem, ibidem.

⁵³² SANCHÍS, Luis Prieto. Ob. cit., p. 142.

jurídico em su conjunto, haciendo así prevalecer un o otro valor contingentemente relevante”⁵³³.

Pietro SANCHÍS, por sua vez, entende por ponderação um método para a solução de certas antinomias ou contradições entre normas, as quais não poderão ser resolvidas pelos critérios ordinários, quais sejam: o hierárquico, o cronológico e o da especialidade. Ponderar, para ele, é buscar a melhor decisão quando, na argumentação, concorrem razões contrárias e de mesma estatura, que somente têm aplicação na solução de um caso concreto⁵³⁴. Assim, “no se trata de establecer jerarquías de derechos ni prevalências a priori, sino de conjugar, desde la situación jurídica creqada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficácia recíproca.”⁵³⁵

2.4.3. O fardo confiado ao Judiciário.

Diante do que foi assentado, depreende-se que o neoconstitucionalismo, ao admitir uma Constituição de tessitura *aberta*⁵³⁶, dotada de força normativa que impõe a realização dos valores nela positivados, vincula a atuação, positiva e(ou) negativa, do poder público.

Nessa corrente, então, o juiz assume um papel protagônico na construção do fenômeno jurídico. Com efeito, impõe-se ao Poder Judiciário a tarefa de assegurar que os valores constitucionalmente positivados tenham eficácia social. O juiz, antes mero revelador da verdade contida nos comandos emanados do Poder Legislativo, é tomado como aquele agente capaz de contribuir para a construção do modelo de

⁵³³ POZZOLO, Suzanna, Op. cit., p. 193.

⁵³⁴ Idem, 194.

⁵³⁵ SANCHÍS, Luis Prieto. Ob. cit., p. 143.

⁵³⁶ Assim, para Wellington Márcio KUBLISCKAS, “as Constituições elaboradas no período pós-Segunda Guerra Mundial – estruturadas no contexto do movimento denominado *pós-positivismo* ou *neo-constitucionalismo* – são documentos *abertos* que visam congregar, especialmente através dos princípios constitucionais, elementos *fáticos*, *normativos* e *axiológicos*. Tal característica permite que as Constituições atuais não incidam nem em um legalismo exacerbado e tampouco na total insegurança jurídica, bem como sejam suficientemente flexíveis e aptas a acompanhar a dinâmica social, em constante e cada vez mais rápida transformação” (KUBLISCKAS, Wellington Márcio. Ob. Cit., p. 163).

sociedade preconizado pela Constituição⁵³⁷. Exige-se, portanto, que o juiz procure, “à vista dos resultados da Ciência do Direito, assumir um compromisso efetivo com as reais aspirações das bases sociais.”⁵³⁸ O fenômeno em questão guarda um paralelo com a ideia de *adjudicação* apontada por Owen FISS⁵³⁹. Ou seja, “os juízes não possuem o monopólio na tarefa de dar significado aos valores públicos da Constituição, mas não há motivos para que silenciem. Eles também podem contribuir para as discussões e debates públicos”⁵⁴⁰. Com efeito, para Owen FISS, os processos considerados *estruturais* dispõem de características formais que os diferenciam do modelo tradicional de solução de controvérsias⁵⁴¹, pois despertam

⁵³⁷ No Brasil, desde a década de 1980, o chamado movimento do direito alternativo tomou a frente na defesa do papel do judiciário, realizando verdadeiro combate ao positivismo-formalista-normativista e atribuindo ao juiz a tarefa de garantir os valores democráticos. Na sequência, as promessas de concretização da Constituição passaram a ser norteadas pelo discurso da efetividade de suas normas: “Que Legislativo e Executivo não cumpram a contento tais tarefas constitucionais é algo até compreensível. Afinal, a pobreza e a desigualdade provocam distorções na formação da vontade política, o que impediu até hoje que a sua erradicação fosse efetivamente tratada como prioridade na pauta governamental. Não é, entretanto, admissível inércia do Judiciário em relação a essas tarefas, tendo em vista que ele se encontra mais protegido de pressões do poder público e deve estar comprometido unicamente com o desenvolvimento e a efetivação da Constituição” (MORO, Sérgio. Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001. pp. 134-135).

⁵³⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *In* **Direito alternativo. Seminário nacional sobre o uso alternativo do direito**. Rio de Janeiro : 1993. p. 43.

⁵³⁹ “A adjudicação é o processo social por meio do qual os juízes dão significado aos valores públicos. A chamada reforma estrutural – o assunto deste artigo – é um tipo de adjudicação, distinto pelo caráter constitucional dos valores públicos e, principalmente, pelo fato de envolver um embate entre o Judiciário e as burocracias estatais. O juiz tenta dar significado aos valores constitucionais na operacionalização dessas organizações. A reforma estrutural reconhece o caráter verdadeiramente burocrático do Estado moderno, adaptando formas de procedimentos tradicionais para a nova realidade social” (FISS, Owen. Ob. Cit., p. 26-27).

⁵⁴⁰ FISS, Owen. Ob. Cit., p. p. 26.

⁵⁴¹ “O modelo de solução de controvérsias prevê um papel passivo para o juiz. Ele deve permanecer como um árbitro ou observador entre as duas partes, confiando em todas as iniciativas destas para a apresentação dos fatos, do direito e para a articulação das possíveis medidas judiciais. Portanto, a tarefa do juiz é simplesmente declarar qual das partes está certa. (...) Porém, o processo estrutural introduz outras razões diferentes para o abandono de uma postura judicial puramente passiva. Tais razões originam-se da característica especial das partes e fazem com que a confiança exclusiva em suas iniciativas torne-se insustentável. (...) Obsoleta está a ideia de uma estrutura processual tripartite, representada pelo ícone da Justiça segurando a balança. Em seu lugar surge uma completa série de símbolos para descrever o processo judicial estrutural. Alguns, enfatizando a característica estrutural de partes, descrevem o processo como uma convenção municipal, outros, enfatizando a postura do juiz, remetem à noção de gerenciamento ou à criação de uma nova estrutura administrativa. Essas metáforas, certamente, não são decisivas, mas apenas expressam uma percepção de que algo está diferente. Remanescem dúvidas acerca do significado da forma característica do processo judicial estrutural” (FISS, Owen. Ob. Cit., p. 58-65).

um conjunto de perspectivas e interesses concorrentes, organizados em torno de uma série de questões jurídicas e de um único órgão de decisão.

Desse modo, nota-se uma subversão no esquema tradicional da divisão de poderes dentro do arcabouço do Estado. Vale dizer, reconhecer ao Poder Judiciário a atividade criadora da lei implica flexibilizar a divisão de poderes, alternando-se a estrutura inicial criada a partir dos postulados firmados por MONTESQUIEU. Nesse sentido, Alfonso García FIGUEROA ressalta que o neoconstitucionalismo desloca para o Judiciário o papel de protagonista da história política que, por natureza, estava centrado no Legislativo⁵⁴². O juiz é reconhecido, então, como *legislador concorrente*, cuja atividade confere verdadeira modelagem da lei aos conteúdos da Constituição⁵⁴³.

Com isso, ampliam-se ao máximo os horizontes do controle de constitucionalidade, de sorte que o neoconstitucionalismo passa a reconhecer que a última palavra é reservada ao Poder Judiciário: são os juízes os sujeitos capazes de verificar se as leis estão em conformidade com as normas constitucionais, numa perspectiva mais ampla do que aquela aceita no modelo positivista. FERRAJOLI, no que se refere ao tema do controle da atividade legislativa pelo Poder Judiciário, afirma que o papel do juiz no neoconstitucionalismo “*es aplicar la ley solo si es constitucionalmente válida, y cuya interpretación y aplicación son siempre, por esto, también un juicio sobre la ley misma que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad...*”⁵⁴⁴ Para esse autor, inferem-se uma dimensão pragmática e uma responsabilidade cívica no exercício da atividade jurisdicional.

Ora, é dentro dessas perspectivas que se inserem os problemas de concretização dos direitos fundamentais, notadamente no que diz respeito aos Tribunais responsáveis pelo controle difuso de constitucionalidade. Nesse panorama, contudo, ressurgem as questões atinentes à legitimidade democrática

⁵⁴² FIGUEROA, Alfonso García. La teoría del derecho em tiempos del constitucionalismo. *In* **Neoconstitucionalismo(s)**. CARBONELL, Miguel (org.). Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 167.

⁵⁴³ SANCHÍS, Luís Prieto. Ob. cit., p. 17.

⁵⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. *In* **Neoconstitucionalismo(s)**. CARBONELL, Miguel (org.). Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 18.

das decisões⁵⁴⁵, principalmente porque se rompe com o esquema clássico do liberalismo, calcado no princípio da legalidade e nas promessas de segurança jurídica⁵⁴⁶.

Com efeito, nas teorias que abandonam – ao menos em tese – os postulados positivistas, cresce de importância a discussão sobre a segurança jurídica, especialmente na matéria referente à aplicabilidade dos princípios. É o que aponta, por exemplo, FIGUEROA, o qual afirma que *“Esta transferencia de poder hacia el Judicial ha sido considerada por algunos como una grave lesión del principio democrático. Es objetivo prioritario del Estado de Derecho la restricción del poder susceptible de un ejercicio arbitrario y el Estado Constitucional pretende reforzar esta restricción con la incorporación de ciertos derechos, que deberían significar una restricción del poder del legislador y, transitivamente, del juez.”*⁵⁴⁷

As críticas recebidas, por outro lado, apontam que a técnica da ponderação levaria a um *decisionismo* de cunho subjetivista, ou seja, que as decisões seriam tomadas com base em juízos preconcebidos do aplicador do direito ou firmadas meramente em suas opiniões pessoais⁵⁴⁸. Põe-se sob suspeição, portanto, a legitimidade das decisões, tomando-se como afronta à democracia a possibilidade de um controle amplo da atuação do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário, tal como ressalta Juan Carlos BAYÓN: *“qué legitimidad tienen jueces no representativos ni políticamente responsables para invalidar decisiones de un*

⁵⁴⁵ “A opção pelo controle judicial de constitucionalidade, o judicial review, no entanto, é problemática. A jurisdição constitucional é assombrada pelo recorrente fantasma da falta de legitimidade. Afinal, não se pode perder de vista a força contemporânea do ideal democrático, do autogoverno, do sufrágio universal” (MORO, Sérgio Fernando. Neoconstitucionalismo e jurisdição constitucional. *In Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*, n.º 05, jan/dez. 2005. p. 248-249).

⁵⁴⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Controle de constitucionalidade e democracia. pp. 51 e ss.

⁵⁴⁷ FIGUEROA, Alfonso García. Ob. cit., p. 167.

⁵⁴⁸ O combate a esse decisionismo é objeto da preocupação de Lênio Luiz STRECK: “Despiciendo, nesta altura, lembrar que, quando critico o ‘solipsismo judicial’ ou, o que é a mesma coisa, as ‘decisões conforme a consciência do julgador’, tenho em mente a tese de que as *decisões judiciais não devem ser tomadas a partir de critérios pessoais*, isto é, a partir da consciência psicologista. Insisto, pois, que se trata de uma questão relacionada à superação do paradigma daquilo que se denomina ‘filosofia da consciência’. A justiça e o Judiciário não podem depender da opinião pessoal que juízes e promotores tenham sobre as leis ou os fenômenos sociais, até porque os sentidos sobre as leis (e os fenômenos) são produtos de uma intersubjetividade, e não de um indivíduo isolado” (STRECK, Lênio Luiz. *O que é isso – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 106-107).

legislador democrático. En suma: si como ideales morales se parte no sólo de derechos, sino también del valor de la democracia, entonces el camino hacia el constitucionismo es quizá menos llano de lo que parece."⁵⁴⁹

De qualquer forma, o controle difuso de constitucionalidade não pode estar distanciado dessa perspectiva conformadora. Porém, rompido o sistema clássico da tripartição de poderes, retoma-se o dilema: como garantir *legitimidade* às decisões constitucionais relevantes? Essa discussão remete ao cerne da questão do deslocamento do eixo da teoria do direito para a teoria da argumentação proposta pelo *neoconstitucionalismo*. Diante da abertura axiológica e da tessitura dos princípios consagrados na Constituição, várias respostas poderão ser consideradas corretas do ponto de vista normativo (correção normativa) e assim o problema passa a consistir em se saber qual é a melhor decisão no plano da validade factual. É nesse momento que toma corpo a emergência da moral como fator a ser considerado ou não na solução dos casos concretos.

É nesse ponto que divergem procedimentalistas e substancialistas. A legitimidade das decisões, agora, poderá ser conferida em duas dimensões: (i) a do procedimento: o que assegura a legitimidade das decisões, para tal corrente, é o procedimento utilizado para que se chegue a elas; ou (ii) a do conteúdo: a aplicação do direito se legitima quando faz reverência ao conteúdo que traduzem os valores mais caros positivados nos princípios constitucionais.

Não é o momento de se aprofundar na calorosa discussão que divide os defensores destas duas correntes (procedimentalistas e substancialistas), a qual não tem espaço nos limites (estreitos) do presente trabalho. Ademais, não são poucos que caminham por uma trilha conciliatória entre estas duas vertentes, ao afirmar que "substancialismo e procedimentalismo não se afiguram como lógicas excludentes, senão como lógicas complementares e interdependentes"⁵⁵⁰. É possível pontuar, dessa forma, que tais autores não são refratários à necessidade de ser mantido o pacto democrático, assegurando-se, com isso, apesar de certas ingerências nas

⁵⁴⁹ BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, democracia e constitución. In **Neoconstitucionalismo(s)**. CARBONELL, Miguel (org.). Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 214.

funções precípua dos poderes constituídos⁵⁵¹, o papel fundamental que é reconhecido pela Constituição ao Poder legislativo. A questão central, contudo, é que no atual estágio do constitucionalismo, o papel de representar a vontade popular não se extingue no Poder Legislativo, mas impõe, inclusive ao Poder Judiciário, uma atuação comprometida com os valores consagrados no texto constitucional.

Com efeito, não pode causar estranheza a assertiva de que a Constituição Federal de 1988, apesar das propaladas críticas direcionadas ao seu texto, contempla as principais características do constitucionalismo contemporâneo⁵⁵², em especial no que tange à valorização dos princípios constitucionais e o destaque conferido para a jurisdição constitucional, como instrumento de proteção e reserva material de Justiça. Assim, conforme se pretende demonstrar, a *expansão* do efeito vinculante para a esfera do controle *difuso* recoloca em evidência o papel do Supremo Tribunal Federal no cenário do neoconstitucionalismo, pois, ao se argumentar com a premissa de que o Judiciário não pode se sobrepor ao Legislativo, também é certo que não pode ser *subserviente* da discricionariedade política atinente à resolução senatorial preconizada pelo art. 52, X, da CF/88. Vale dizer: num quadro de equilíbrio na relação entre os poderes constituídos, o STF não pode ser visto apenas como um “mero” tribunal colegial, dotado de competências recursais. Em última análise, é de se concluir que o Senado Federal, até então

⁵⁵⁰ LEAL, Mônica Clarissa Henning. **Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática: uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 201.

⁵⁵¹ “A teoria da separação de poderes importa, assim, na identificação das funções estatais e na sua atribuição a órgãos independentes, segundo critérios de especialização funcional. (...) De uma estrita separação de poderes, a receita política de Montesquieu evolui, numa segunda fase, para uma separação atenuada pelos freios e contrapesos, desembocando, numa terceira fase de inferências, mais ou menos acentuadas mas sempre limitadas, entre os poderes” (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 17-18).

⁵⁵² “A Constituição Federal de 1988 contempla inúmeras características típicas do *neoconstitucionalismo*. Em primeiro lugar, trata-se de um documento *invasivo*, ou seja, é um documento que se projeta sobre vários ramos do Direito tradicionalmente disciplinados apenas no nível infraconstitucional (v.g., art. 37 e seguintes, art. 144, arts. 170 e seguintes, arts. 205 e seguintes, art. 215, art. 217, art. 218, art. 225, art. 226, art. 227 etc.). Promoveu, com isso, a *constitucionalização da ordem jurídica* brasileira. Ademais, é uma Carta Constitucional que pretende ter força normativa, o que se comprova com o disposto no art. 5º, 1º, que estabelece que ‘as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata’ (KUBLISCKAS, Wellington Márcio. Ob. Cit., p. 231).

rotulado como “senhor da generalização”, é tão *súdito* da Constituição quanto o próprio Supremo.

Em outras palavras, “não se está a defender a substituição do Legislador pelo Poder Judiciário. O que se está evidentemente a defender é a criação de mecanismos que eventualmente somem a contribuição vinda das técnicas políticas com aquelas provenientes das técnicas jurídicas...”⁵⁵³ Afinal, uma Corte “fraca” para ameaçar a liberdade das pessoas, também pode ser fraca para protegê-las⁵⁵⁴.

É bem verdade que, no Brasil, a aplicação apressada de certos postulados do neoconstitucionalismo por alguns juízes permitiu a emergência de decisões que, em nome de uma equivocada ponderação de princípios, acabam por refutar os valores da própria Constituição Federal, pondo em risco as garantias mais caras do sistema democrático. Aliás, é inegável que o pós-positivismo principialista⁵⁵⁵, propenso à imposição de tarefas materiais aos juízes, pode incorrer em inúmeros excessos, com arroubos ativistas, num agravamento da situação assinalada inicialmente (deficit democrático). Tal situação merece, no mínimo, redobrada atenção, diante de um modelo principiológico, com enorme margem de manobra nas “brechas interpretativas”⁵⁵⁶, cujo resultado final é diametralmente oposto à contenção do

⁵⁵³ CLÉVE, Clèmerson Merlin. Controle de constitucionalidade e democracia, p. 56.

⁵⁵⁴ VIEIRA, Renato Stanzola. Ob. Cit., p. 271/272.

⁵⁵⁵ “É nesse momento que verificamos algumas questões bastante difíceis. Em um primeiro momento, se há uso e abuso dos princípios, transformo um sistema normativo, diminuindo o número de regras e aumentando o número de princípios em função da instabilidade estrutural da sociedade. Em determinando momento o uso abusivo dos princípios e normas programáticas, como interesse público, bem comum, finalidade social etc., acaba corroendo a unidade lógica do sistema jurídico. Começa-se a perceber que a regra dá segurança, certeza, unidade conceitual, lógica e sistêmica. O princípio, contrariamente, é aberto e gera incertezas, gera insegurança na sua aplicação. Os princípios usados abusivamente correm o risco de levar à perda da certeza e segurança jurídica, passando o sistema jurídico a ter problemas de unidade conceitual, sistêmica e lógica. Os princípios nunca dizem ‘pode’ ou ‘não pode’, ‘é legal’ ou ‘é ilegal’, ‘é constitucional’ ou ‘é inconstitucional’; essa função é da norma” (FARIA, José Eduardo. A definição do interesse público, *In Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Co-edição Associação Paulista do Ministério Público e Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 81).

⁵⁵⁶ A leitura, nesse particular, é embasada em HABERMAS: “*Pero en realidad, todo orden jurídico que se justifica a partir de principios, depende de una interpretación constructiva y, por tanto, de lo que Sunstein llama ‘normas de fondo’. Toda decisión que verse sobre principios va más allá de una interpretación del texto de la ley y ha menester, por tanto, de una justificación externa ...*” (HABERMAS, Jüngern. Ob. Cit., p. 326).

poder discricionário⁵⁵⁷. Afinal, forçoso reconhecer que a consagração e a multiplicação dos direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988 exigem de seus intérpretes/aplicadores uma atuação constante no sentido de adequação dos seus termos às demandas e aspirações atuais da sociedade.

Daí porque o postulado ético aliado a uma praxe constitucional engajada, auxiliados pelas revelações propiciadas pela *filosofia da linguagem*, devem estar amparados em “acordos discursivos”, com forte inclinação para a participação dos segmentos e atores sociais, todos eles engajados na tarefa de auxiliar o convencimento do Judiciário na determinação de sentido, conteúdo e alcance dos direitos fundamentais⁵⁵⁸. Se tal postura não resolver os dilemas da Jurisdição Constitucional, poderá servir, no mínimo, para amenizar a grave imputação do *deficit* democrático.

Cabe observar, acompanhando Teresa Arruda Alvim WAMBIER, que no cenário contemporâneo ainda não se concebeu uma Constituição nacional fruto da maturidade institucional brasileira; mas, ao contrário, a Constituição das circunstâncias que se descortinaram diante da plêiade de segmentos sociais que

⁵⁵⁷ Os princípios, nesta perspectiva, passam a ser usados como “álíbis persuasivos”, na forma da expressão conhada por Lênio Luiz STRECK: “Por sua vez, no direito constitucional, essa perspectiva é perceptível pela utilização descriteriosa dos princípios, transformados em ‘álíbis persuasivos’, fortalecendo-se, uma vez mais, o protagonismo judicial (nas suas diversas roupagens, como o decisionismo, o ativismo, etc.). O uso da ponderação é também nesse ramo do direito outro sintoma de uma espécie de ‘constitucionalismo da efetividade’, pelo qual o mesmo ‘princípio’ é utilizado para sustentação de teses antitéticas” (STRECK, Lênio Luiz. *O que é isso – decido conforme minha consciência?* p. 46-47).

⁵⁵⁸ “(...) A compreensão discursiva do sistema dos direitos conduz o olhar para os dois lados: de um lado, a carga da legitimação da normalização jurídica das qualificações dos cidadãos desloca-se para os procedimentos de formação discursiva da opinião e da vontade, institucionalizados juridicamente, de outro lado, a juridificação da liberdade comunicativa significa também que o direito é levado a explorar fontes de legitimação das quais ele não pode dispor” (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, Vol. I. p. 168).

participaram de sua consecução⁵⁵⁹. Não se pode ignorar também o fato de que a reconstrução da democracia foi assentada em uma espécie de transição consensual entre diferentes matrizes de poder⁵⁶⁰, ocasião em que se agregaram interesses específicos e conjunturais. Entretanto, como já aludido, as projeções do julgamento da ADPF n.º 153-6 revelam que este acordo é mais tênue do que se pode supor.

Assim, na linha do que já foi exposto, a participação dos diversos segmentos e atores sociais pode ser viabilizada por meio de algumas ferramentas conhecidas da jurisdição constitucional (designação de audiências públicas⁵⁶¹, intervenção de

⁵⁵⁹ “A ansiedade de participação de segmentos sociais que haviam sido marginalizados por longo tempo, a desconfiança dos futuros intérpretes da Constituição Federal e a falta de nitidez da separação entre os espaços do público e do privado tornaram a Constituição Federal de 1988 excessivamente heterogênea e longa. Não é a Constituição Federal da nossa maturidade institucional. É a Constituição das nossas circunstâncias. Todavia, de algum modo, tendo sido superado no Brasil o hábito de se reservar ao direito constitucional um papel menor, *está-se, também aqui, em consonância com o fenômeno mundial consistente em se confiar na Constituição Federal*, como repositório de princípios escolhidos, eleitos, apontados pela sociedade como sendo aqueles que compõem o nosso complexo *ethos dominante*” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?** p. 87-88).

⁵⁶⁰ “A Constituição Federal de 1988, apesar de ter promovido uma ruptura material com o período ditatorial iniciado em 1964 e de ter reinstaurado o Estado Democrático de Direito no país, não foi fruto de um processo revolucionário clássico em que são claramente identificados vencedores e vencidos. Pelo contrário, decorreu de uma transição consensual entre um regime decadente e desacreditado, que havia perdido sustentação política, e uma sociedade civil extremamente plural e díspar, que havia ficado reprimida durante mais de 20 anos. Com isso, a Constituição de 1988 não foi concebida a partir de um plano ideológico hegemônico e claramente definido, mas sim da sobreposição de concepções que se somaram e se acomodaram – o que, se por um lado foi positivo na medida em que avultou seu caráter democrático e plural, por outro contribuiu para a proliferação de *focos de tensão dentro do texto*” (KUBLISCKAS, Wellington Márcio. Ob. Cit., p. 161).

⁵⁶¹ Emblématica, neste sentido, oportuna a lembrança da instrução da ADPF 45, envolvendo o problema dos fetos anencéfalos. A audiência pública determinada no transcorrer daquele processo objetivo permitiu aprofundar a discussão envolvendo os direitos fundamentais antagonizados no julgamento em curso. Aliás, neste particular, Wellington Márcio KUBLISCKAS anota que: “No caso dos direitos fundamentais, tem-se como exemplo o direito à vida, tido como o mais importante de todos os direitos. A delimitação do conteúdo e da extensão do *direito à vida* em situações limites e para as quais não há uma resposta preconcebida no ordenamento, tais como nos casos de aborto, eutanásia, clonagem e experiências com células-tronco etc., depende de uma valoração feita por parte do intérprete/aplicador da Constituição de acordo com os paradigmas predominantes na comunidade no momento histórico da sua aplicação. Tais valores, contudo, podem variar ao longo do tempo e ensejar – mesmo que sem qualquer alteração da letra do texto constitucional – uma releitura temporalmente adequada do conteúdo e da extensão desse direito, incidindo aí o fenômeno da mutação constitucional. (...) Um caso concreto que ilustra tal situação é a discussão em curso no STF nos autos da ADPF n.º 54-QO/DF, em que o Pretório Excelso deverá definir se ofende ou não o *direito à vida* a interrupção terapêutica da gestação de criança acometida de anencefalia. No caso, uma decisão do Tribunal no sentido de que a interrupção terapêutica ofende o *direito à vida* pode futuramente, caso os valores predominantes na sociedade se modifiquem, vir a ser revista, no sentido de que a interrupção terapêutica não ofende o *direito à vida*. Isso significa que o direito à vida, assim como os demais direitos fundamentais, possuem *abertura* e *elasticidade* suficientes para se

“amicus curiae”, mecanismos de consulta popular etc.). Os meios de comunicação de massa podem e devem assumir papel protagônico nessas situações⁵⁶². Com isso, a sociedade civil é levada para o cenário central das discussões sensíveis envolvendo os grandes temas constitucionais contemporâneos, contribuindo, desta maneira, para o arrefecimento do problema da legitimidade dos Tribunais Constitucionais⁵⁶³. Deste modo, acompanhando Andréa Alves de ALMEIDA, é possível sustentar que “o processo no paradigma democrático deve ser compreendido como conquista teórica do cidadão e instituto de direitos fundamentais disciplinadores da atividade do Estado e não mais como instrumento da jurisdição”⁵⁶⁴.

De qualquer forma, ao invés de promover uma crítica à adoção das propostas neoconstitucionalistas, defendendo, novamente, um papel de absoluta contenção da atividade do Poder Judiciário, com a esperança em se obter maior *segurança jurídica*, presencia-se um momento em que se faz imprescindível a coerência teórica dos operadores do direito. Vale dizer: aplicar a técnica da ponderação, ou os postulados da teoria da argumentação, implica, igualmente, admitir os limites propostos por tais referenciais teóricos. Conforme defendido por Lênio Luiz STRECK, “essa resposta (decisão) não pode - sob pena de ferimento do ‘princípio democrático’ - depender da consciência do juiz, do livre convencimento, da busca da ‘verdade real’, para falar apenas nesses artifícios que escondem a subjetividade

adaptarem às alterações sociais sem a necessidade de uma modificação formal de seus termos” (KUBLISCKAS, Wellington Márcio. Ob. Cit., p. 239).

⁵⁶² “De ahí que el control abstracto de normas haya de referirse ante todo a las condiciones de la génesis democrática de las leyes, empezando por las estructuras de comunicación de un espacio de la opinión público transido por el poder que ejercen los médios de comunicación de masas, siguiendo por las efectivas oportunidades de que puedan hacerse oír las voces desviantes y de que se pueda hacer un uso concreto y efectivo de los derechos de participación, en principio formalmente iguales, y concluyendo con la representación equilibrada de todos los grupos, constelaciones de intereses y orientaciones valorativas relevantes en cada caso, en el plano de los organismos parlamentarios y en el espectro de los temas, razones y problemas, de los valores e intereses, que pueden entrar en las deliberaciones parlamentarias y ser tenidos en cuenta en la fundamentación de las normas que se discuten y aprueban” (HABERMAS, Jüngern. Ob. Cit., 338).

⁵⁶³ Vide, acerca do tema: FERREJOHN, John; PASQUINO. Tribunais Constitucionais como instituições deliberativas. In **Limites do controle de constitucionalidade** / Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (Org), Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

⁵⁶⁴ ALMEIDA, Andréa Alves de. Ob. Cit., p. 102.

'assujeitadora' do julgador (ou do intérprete em geral, uma vez que a problemática aqui discutida vale, a toda evidência, igualmente para a doutrina"⁵⁶⁵.

Ou seja, é preciso verificar que a concepção aberta da Constituição, vinculada à noção de *aprendizagem*, não impede a existência de definição quanto a conteúdos "constitucionalmente necessários" ou "constitucionalmente impossíveis"⁵⁶⁶. Na análise do caso, o aplicador do direito deve estabelecer uma relação de precedência condicionada, ou seja, esclarecer quais são as condições que implicam por uma dada escolha. É a partir da argumentação racional que se poderá exercer o controle das decisões judiciais - sempre se fazendo reverência aos valores consagrados pelo princípio democrático⁵⁶⁷. Além disso, é preciso insistir na formação de operadores jurídicos comprometidos em concretizar os valores plasmados no texto constitucional, seja como controladores das decisões – num processo dialógico de convencimento – seja como magistrados, tanto na solução de casos fáceis como difíceis.

E, o coroamento do debate (e por que não dizer: o "fechamento" do debate?) conduz às soluções *compromissárias* com a observância do efeito vinculante⁵⁶⁸.

⁵⁶⁵ STRECK, Lênio Luiz. O que é isso – decido conforme minha consciência? p. 97.

⁵⁶⁶ Conforme refere Romeu Felipe BACELLAR FILHO, "A abertura da norma constitucional, a estrutura principiológica não impede, porém, a existência de conteúdos 'constitucionalmente necessários' e 'constitucionalmente impossíveis'. Aqui, reside a capacidade de excluir-se os conteúdos incompatíveis com as normas constitucionais principiológicas e exigir-se outros necessários." (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar. p. 144).

⁵⁶⁷ "Numa palavra: a resposta correta (adequada à Constituição e não à consciência do intérprete) tem um grau de abrangência que evita decisões *ad hoc*. Entenda-se aqui, a importância das decisões em sede de jurisdição constitucional, pelo seu papel de proporcionar a aplicação em casos similares. Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões forem aplicados para os outros casos idênticos; mas, mais do que isso, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição. (...) Em outras palavras, devemos *levar o texto a sério*, circunstância que se coaduna perfeitamente com as Constituições na segunda metade do século XX e confere especial especificidade à interpretação do direito, em face do vetor de sentido assumido pelo texto constitucional, além de reafirmar a autonomia do direito. Combater a discricionariedade, o ativismo, o positivismo fático, etc. – que, como se sabe, são algumas das várias faces do subjetivismo – quer dizer *compromisso com a Constituição e com a legislação democraticamente construída*, no interior da qual há uma discussão, no plano da esfera pública, das questões ético-morais da sociedade" (STRECK, Lênio Luiz. O que é isso – decido conforme minha consciência? p. 101-102).

⁵⁶⁸ "As eventuais distorções do sistema difuso de controle da constitucionalidade das leis hão de ser solucionadas por meio de reformas das instituições jurídico-políticas brasileiras" (SILVA, Carlos Augusto. **O processo civil como estratégia de poder: reflexo da judicialização da política no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 232-233).

Portanto, a partir das ferramentas e instrumental descortinado pelo neoconstitucionalismo, não há que se temer qualquer abuso decorrente da expansão do efeito vinculante, na forma descortinada no capítulo subsequente. Pragmaticamente, não se pode dizer que o Supremo Tribunal Federal - no contexto pós EC 45/2004 - abusou da possibilidade de manejar súmulas vinculantes⁵⁶⁹. Logo, a solução preconizada (extensão do efeito vinculante) não pode ser rotulada de maniqueísta ou ofensiva ao dogma da separação de poderes.

Ora, a relação harmoniosa entre os Poderes pressupõe o respeito às decisões do Supremo Tribunal Federal, pois ao se propugnar pela idéia de que não pode haver invasão do campo competencial do Legislativo, também é possível sustentar que não se pode aceitar o “apequenamento” da Corte Constitucional. E, de mais a mais, qualquer “arroubo” *ativista* cederá diante de uma nova conformação legislativa que venha a ser dada para determinada questão constitucional. Aliás, é válido ressaltar que o Poder Legislativo não está adstrito, por óbvio, ao efeito vinculante que venha a ser imposto pelo Supremo Tribunal Federal⁵⁷⁰. Poderá, no exercício de suas funções normativas, editar leis em sentido contrário ao entendimento objeto do efeito vinculante⁵⁷¹.

⁵⁶⁹ Oportuna a ressalva feita por Antonio Claudio KOZIKOSKI JR., destacando que o Supremo Tribunal Federal, “na contramão do que determina o § 1º do art. 103-A da Constituição, editou recentemente a Súmula vinculante 7, dispondo sobre controvérsia manifestação não atual” (KOZIKOSKI JUNIOR, Antonio Claudio. O papel da secretaria de reforma do judiciário no aprimoramento da justiça brasileira. *In Revista IBRAJUS 1: Poder Judiciário e Administração da Justiça*, Vladimir Passos de Freitas, Karin Kässmayer, Curitiba: Juruá, 2008. N.º 01. p. 16).

⁵⁷⁰ “Por outro lado, mesmo o efeito vinculante não impede de fato a reedição de norma pelo Legislativo já declarada inconstitucional. Porém, sobre isso, aliás, já manifestamos nosso entendimento quando tratávamos, linhas atrás, da Resolução do Senado no controle difuso e asseveramos que o princípio da separação dos poderes exige respeito mútuo e boa-fé na relação entre os mesmos. Não é admissível que, em um Estado Democrático de Direito, haja conduta do Poder Legislativo em não aceitar uma decisão do Poder Judiciário e, ainda por cima, repetir a mesma norma que foi considerada agressora da Constituição (FISCHER, Octávio Campos. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 183).

⁵⁷¹ Entretanto, de acordo com Eduardo APPIO, no caso da interpretação de dispositivo da Constituição, o legislador estará impedido de legislar acerca do tema: “Ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei, com efeitos prospectivos, o Supremo Tribunal Federal não priva o Congresso Nacional de corrigir o defeito, ou mesmo de insistir pela perpetração do erro legislativo através de uma segunda lei. No caso de interpretação de dispositivo da própria Constituição, a Casa legislativa fica impedida de legislar acerca do tema, já que o julgado constitucional somente poderá ser reaberto através de uma emenda à Constituição” (APPIO, Eduardo. Controle difuso de constitucionalidade, p. 86).

Por outro lado, a despeito da validade intrínseca das eventuais conclusões que possam ser alcançadas até aqui, as considerações apresentadas nestes dois últimos itens (“2.3” e “2.4”) podem até *decepcionar*, pois, no Brasil, diferentemente do que se passou nos EUA, o controle de constitucionalidade foi pautado por previsão expressa do legislador constituinte⁵⁷². Assim, o problema da legitimidade da jurisdição constitucional brasileira não pode ser nivelado na forma dos demais países em que tal discussão chegou aos dias atuais⁵⁷³, pois, a rigor, no Brasil, o advento do constitucionalismo republicano fez por consagrar o *judicial review*, fato este que foi repetido nas sucessivas Constituições que se seguiram. Ou, quando menos, é possível observar que o *judicial review* não foi implantado nos moldes similares à original construção jurisprudencial de Marshall, haja vista que o texto da Constituição da Primeira República fez por contemplar o sistema difuso de controle de constitucionalidade. Por isso, as discussões que giram em torno da legitimidade da jurisdição constitucional estão mais voltadas para a *modulação* e para o *alcance* das decisões constitucionais.

Em outras palavras, acompanhando Renato Stanzola VIEIRA, a questão fundamental, na qual a legitimidade democrática efetivamente pode vir à tona, está relacionada com as funções e o perfil modelado, “haja vista a desejada finalidade ao escopo da Jurisdição Constitucional brasileira, a partir de reformas constitucionais e

⁵⁷² “Nesse particular comparativo, parece que a discussão, no Brasil, deveria ser tratada de modo inauguralmente diferenciado, pois não é necessário se discutir a raiz da Jurisdição Constitucional brasileira a partir de sua legitimidade ou ilegitimidade democrática, como se faz, até hoje, nos Estados Unidos da América. Pela simples razão de que, aqui, sempre se tratou de previsão expressa constitucional, como se viu, mesmo nos tempos ditatoriais que se sucederam a períodos de democracia efetiva e respeito aos direitos dos cidadãos. (...) Portanto, no Brasil, ainda que por vezes se critique o fato de o ‘Judiciário exercer controle sobre a vontade do soberano’, desde o início de nosso constitucionalismo republicano, a Jurisdição Constitucional tem lugar reconhecido, e não se questiona sua legitimidade democrática a partir de textos originários das sucessivas constituições” (VIEIRA, Renato Stanzola. Ob. Cit., p. 271-273).

advento de nova legislação infraconstitucional pontuais que se mostraram aptas a ocasionar procedimentos e, conseqüentemente, julgamentos orientados por valores alheios à específica proteção dos direitos dos cidadãos⁵⁷⁴. Ou dito de outra forma pelo referido autor:

Portanto, tratar da legitimidade democrática da Jurisdição Constitucional vai além de conjecturar quanto a seu início republicano, mas traz a preocupação quanto ao papel que o judiciário *pode* e *deve* desempenhar no sistema democrático brasileiro, quer com vistas à consideração crítica referente à por vezes lembrada usurpação de poderes dos representantes eleitos no legislativo, quer com vistas ao gerenciamento da *res publica* a partir de estratégias seguidas por gestões governamentais⁵⁷⁵.

Por essas razões, é de se concluir que os questionamentos em torno da legitimidade democrática da jurisdição constitucional brasileira interessam atualmente para o balizamento de seus limites e para a conformação dos seus pronunciamentos⁵⁷⁶, razão pela qual o tema está alinhado com a pretendida expansão do efeito vinculante, na forma explicitada para o problema-tese.

⁵⁷³ De forma um pouco diversa, Alexandre de MORAES prefere sustentar a legitimidade da jurisdição constitucional brasileira nas seguintes premissas (i) complementariedade entre Democracia e Estado de Direito; (ii) composição dos Tribunais Constitucionais; e (iii) fundamentação e aceitação popular das decisões dos Tribunais Constitucionais. E, a partir destas hipóteses, segue afirmando que “a legitimidade da Justiça Constitucional consubstancia-se, portanto, na necessidade de exigir-se que o poder público, em todas as suas áreas, seja na distribuição da Justiça, seja na atuação do Parlamento ou na gerência da res pública, pautar-se pelo respeito aos princípios, objetivos e direitos fundamentais consagrados em um texto constitucional, sob pena de flagrante inconstitucionalidade de suas condutas e perda da própria legitimidade popular de seus cargos e mandatos políticos pelo ferimento do Estado de Direito” (MORAES, Alexandre de. Legitimidade da justiça constitucional. *In As vertentes do direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. Coordenador Ives Gandra da Silva Martins, Rio de Janeiro : América Jurídica, 2002. p. 570).

⁵⁷⁴ VIEIRA, Renato Stanzola. Ob. Cit., p. 274.

⁵⁷⁵ VIEIRA, Renato Stanzola. Ob. Cit., p. 277.

⁵⁷⁶ “Não se deixa de reconhecer que estudar a legitimidade democrática da Jurisdição Constitucional é estudar seus limites. Em verdade, a partir dos *limites* e *insuficiências* da atuação da Jurisdição Constitucional brasileira, tentou-se diagnosticar e propor critérios para sua imprescindível atuação sob o ponto de vista da democracia brasileira” (VIEIRA, Renato Stanzola. Ob. Cit., p. 336-337).

2.5. O ideário da segurança jurídica, o papel desempenhado pela jurisprudência e os reclamos pela implantação do efeito vinculante.

2.5.1. O ideário da segurança jurídica.

O Estado de Direito, assumindo *dimensões declarativas*, impõe, dentre outros fins autônomos de proteção, a tutela da confiança e da segurança jurídica⁵⁷⁷. Busca-se assegurar, assim, a racionalidade da atuação estatal a partir de padrões de justiça e ações preestabelecidos. Segue-se aí, certamente, uma *carga implícita* de compromisso com a *calculabilidade* e *estabilidade* das relações sociais e jurídicas.

Não se olvida que o princípio constitucional da segurança jurídica é corolário necessário da opção estruturante do Estado de Direito (art. 1º, *caput*, da Constituição da República)⁵⁷⁸. Com efeito, ao se admitir que o Estado de Direito afirma-se com a defesa de um núcleo de direitos fundamentais, tem-se como consectário lógico a observância de determinadas situações jurídicas consolidadas contra as oscilações políticas e sociais.

Firmada a conformação de um princípio geral de segurança jurídica na Constituição de 1988, dedutível do Estado de Direito⁵⁷⁹, torna-se indisputável o reconhecimento de que as relações jurídicas, mormente as estabelecidas entre Poder Público e particulares, devem estar assentadas em determinados parâmetros de calculabilidade aceitáveis pelo constitucionalismo contemporâneo, plasmados, dentre outros exemplos, no respeito ao ato jurídico perfeito, na preservação dos

⁵⁷⁷ “A dimensão objetiva da segurança jurídica implica considerar, particularmente, a certeza e a previsibilidade, sem olvidar, todavia, que ela opera indissociável reflexo no ânimo subjetivo dos cidadãos, mediante a ideia de proteção da confiança, desenvolvida inicialmente na doutrina e jurisprudência alemãs” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. Crédito-prêmio de IPI e princípio constitucional da segurança jurídica. In **Crédito-prêmio de IPI: estudos e pareceres**. Barueri: Minha Editora, 2005. p. 144).

⁵⁷⁸ Confira-se, nesse sentido, os posicionamentos de J.J. GOMES CANOTILHO (CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição, p. 257-266) e de INGO WOLFGANG SARLET (SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica. In **Constituição e segurança jurídica**. Coordenação de Cármen Lúcia Antunes Rocha, Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 86).

⁵⁷⁹ Nessa linha, tem-se o entendimento de Luiz Guilherme MARINONI: “Embora as Constituições e Cartas de direitos humanos fundamentais – como, por exemplo, a Declaração de Direitos Humanos da ONU e a Convenção Americana de São José da Costa Rica – não aludem a um direito à segurança jurídica, o constitucionalismo de nossos dias é consciente de que um Estado de Direito é indissociável da segurança jurídica. A doutrina considera a segurança jurídica como expressão do Estado de Direito, conferindo àquela a condição de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito. Assim, a segurança jurídica assume as figuras de princípio da ordem jurídica estatal e de direito fundamental” (MARINONI, Luiz Guilherme. A segurança jurídica como fundamento do respeito aos precedentes, p. 55).

direitos adquiridos, na proteção da coisa julgada, na garantia de irretroatividade das normas penais, na irretroatividade e anterioridade da norma tributária, observância do devido processo legal etc.

J. J. GOMES CANOTILHO, nesse particular, salienta que, além das imbricações com o princípio da proteção da confiança, pode-se dizer que as premissas básicas da segurança jurídica se desenvolvem em torno de dois eixos nucleares:

(1) *estabilidade* ou eficácia *ex post* da segurança jurídica dado que as decisões dos poderes públicos uma vez adoptadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes.

(2) *previsibilidade* ou eficácia *ex ante* do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos⁵⁸⁰.

É de se aceitar, portanto, que a pregação pela extensão do efeito vinculante se amolda neste cenário. Trata-se, por conseguinte, de resguardar a aplicação *coerente* do direito objetivo⁵⁸¹, baseada numa certa solução-compromisso de respeitabilidade aos julgados oriundos do Supremo Tribunal Federal⁵⁸². É de se respeitar, deste modo, o fenómeno reconhecido por Luiz Guilherme MARINONI, vale dizer, a *univocidade* em relação à qualificação das situações jurídicas⁵⁸³. Ora, para o

⁵⁸⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição, p. 264.

⁵⁸¹ "Com a adoção da Súmula Vinculante combater-se-ia a abominável 'loteria judiciária' que tanto incomoda os mais nobres operadores do direito e a sociedade como um todo por afrontar o princípio constitucional que prevê que todos são iguais perante a lei" (FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. Ob. Cit., p. 193).

⁵⁸² "Ademais, cabe aos magistrados outorgar aos precedentes dos tribunais superiores, revestidos da marca de definitividade, o valor e a influência aptos a orientar os órgãos inferiores e não desrespeitar, sem justificação plausível, a função nomofilática àqueles atribuídos pela Constituição Federal" (CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 277).

⁵⁸³ "Para que o cidadão possa esperar um comportamento ou se postar de determinado modo, é necessário que haja univocidade na qualificação das situações jurídicas. Além disto, há que se garantir-lhe previsibilidade em relação às consequências das suas ações. O cidadão deve saber, na medida do possível, não apenas os efeitos que as suas ações poderão produzir, mas também como os terceiros poderão reagir diante delas. Note-se, contudo, que a previsibilidade das consequências oriundas da prática de conduta ou ato pressupõe univocidade em relação à qualificação das situações jurídicas, o que torna estes elementos indissociavelmente ligados" (MARINONI, Luiz Guilherme. A segurança jurídica como fundamento do respeito aos precedentes, p. 56).

autor, se não é possível coibir a *dúvida* interpretativa razoável, o mesmo não se pode afirmar em relação à *univocidade* da interpretação das normas⁵⁸⁴. Não há, neste quadrante, verdadeira novidade. Afinal, a projeção da força normativa da Constituição e de sua unidade hierárquico-normativa já seriam suficientes para justificar o primado de respeitabilidade a certas situações consolidadas, propugnando pelo acolhimento da exegese apontada pela Corte Suprema, desde que oportunizadas as possibilidades de *participação discursiva* dos diversos agentes e segmentos que venham a ser afetados pela interpretação da questão constitucional.

Há que se identificar, complementando o raciocínio, uma verdadeira tendência contemporânea na maior valorização conferida ao papel desempenhado pela jurisprudência⁵⁸⁵. Conforme salientado por Rodolfo de Camargo MANCUSO “contemporaneamente, a principal expectativa que o cidadão brasileiro deposita no Judiciário é a do atendimento aos valores *certeza-segurança-estabilidade*, o que aliás é bem compreensível, se considerarmos o ambiente de *instabilidade presente e imprevisibilidade futura* que costuma assombrar nossa sociedade civil”⁵⁸⁶. É preciso reconhecer, portanto, que a jurisprudência, além de *influenciar*, muitas vezes de forma decisiva, (i) a *produção legislativa*, (ii) a *ação administrativa* e o (iii) *horizonte*

⁵⁸⁴ “Ora, se a previsibilidade não depende da norma em que a ação se funda, mas da sua interpretação judicial, é evidente que a segurança jurídica está ligada à decisão judicial e não à norma jurídica em abstrato. Não é por outra razão que Massimo Corsale concluiu que, para que se possa realizar a certeza da ação através do direito, o que conta, em última análise, não é tanto a fórmula escrita no código, a norma abstrata, mas a dita norma individual, a concretização da regra no caso específico. (...) Curioso é que o direito legislado, ao contrário de constituir um pressuposto, representa um obstáculo para a segurança jurídica. Não apenas em razão da hiperinflação legislativa ou em virtude de ser impossível o pleno conhecimento das regras legais, mas substancialmente porque o sistema de direito legislado não liga a previsibilidade e a confiança a quem define o que é o direito. Contudo, se o conhecimento das regras legais pode não ser pressuposto para a previsibilidade, o mesmo não se pode dizer em relação à univocidade de interpretação das normas. Exatamente porque as normas podem ser diferentemente interpretadas, a interpretação, ao tender à univocidade, aproxima-se do ideal de previsibilidade. Isto não quer dizer que é possível eliminar a dúvida interpretativa, mas sim que se pode e deve minimizar, na medida do possível, as divergências interpretativas acerca das normas, desta forma colaborando-se para a proteção da previsibilidade, indispensável ao encontro da segurança jurídica” (MARINONI, Luiz Guilherme. A segurança jurídica como fundamento do respeito aos precedentes, p. 59)

⁵⁸⁵ Confira-se, neste particular: LÊNIO LUIZ STRECK. **Súmulas no direito brasileiro – eficácia, poder e função**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

⁵⁸⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 43.

decisional dos particulares, também pode propiciar outras consequências e implicações com os domínios exigidos pela segurança jurídica⁵⁸⁷.

Em última análise, é compreensível que a *jurisprudência* possa gerar uma *convicção de obrigatoriedade*⁵⁸⁸ que, embora não plenamente vinculativa, conjugada com a boa-fé e confiança dos cidadãos⁵⁸⁹, induz consequências positivas, mormente em um sistema processual como o brasileiro que, não é de hoje, convive com institutos como o incidente de *uniformização de jurisprudência* e ainda com as *súmulas originárias* (tomadas, aqui, no seu sentido *clássico* de *enunciados da jurisprudência dominante*); que confere ainda, ao relator, na esfera dos Tribunais pátrios, os poderes⁵⁹⁰ e as prerrogativas correlatas para a negativa de seguimento

⁵⁸⁷ Conforme sintetizado por MANCUSO, “a) para as partes, na medida em que possibilita uma certa previsibilidade quanto à solução final do caso, operando assim como fator de segurança e de tratamento judicial isonômico; b) para o *Judiciário*, porque a jurisprudência sumulada agiliza as decisões, alivia a sobrecarga acarretada pelas demandas repetitivas e assim poupa precioso tempo, que poderá ser empregado no exame de casos mais complexos e singulares; c) para o próprio Direito, em termos de sua eficácia prática e credibilidade social, porque o *tratar igualmente as situações análogas* é algo imanente a esse ramo do conhecimento humano, certo que o *sentimento do justo* integra a essência do Direito desde suas origens: *jus est res boni et aequi*” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, p. 47).

⁵⁸⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito – introdução e teoria geral*. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 1993. p. 303.

⁵⁸⁹ “Ora, neste aspecto, “teríamos duas espécies de confiança a considerar, a denominada confiança especial, que consiste na confiança do próprio litigante antes de adentrar em juízo, acerca das condutas que planejou com base nos precedentes, bem como a confiança geral desempenhada pelos membros da sociedade que também planejaram suas condutas com base nas normas legais estabelecidas pelos precedentes. (...) Assim, a previsibilidade leva a confiança e vice-versa. Não é possível arraigar-se absolutamente num sistema positivado de normas que detenham tamanha indeterminação, sem possuir em contra partida uma válvula que nos permita, ainda, diante desta necessidade cada vez mais freqüente de cláusula aberta permitir que o cidadão ainda tenha segurança, pela previsibilidade de que suas condutas – se baseadas no sistema legal – serão endossadas pelo Poder Judiciário” (POLICHUK, Renata. *Precedente e segurança jurídica. A previsibilidade. In A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR* / Coordenador Luiz Guilherme Marinoni, Salvador: JusPodium, 2010. p. 88).

⁵⁹⁰ “Não é preciso fazer muito esforço para se verificar a imensa importância que a jurisprudência assumiu a partir da edição das leis que reformaram o nosso sistema de recursos. Além de ampliar os poderes do relator, a Lei 9.756/98, por exemplo, também ratificou a crescente tendência de valorização aos precedentes jurisprudenciais” (OLIVEIRA, Pedro Miranda. *A (in)efetividade da súmula vinculantes: a necessidade de medidas paralelas. In Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n.º 45/2004* / Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier ... [et. al.], São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 600).

ao recurso em dissonância com jurisprudência pacificada⁵⁹¹, e que, similarmente, diante da jurisprudência assentada, autoriza ainda o Poder Público a deixar de interpor recurso ou ajuizar demanda relativamente a certas questões já pacificadas. Apesar de se defender que as decisões dotadas de mero caráter persuasivo conferem maior liberdade para a solução das causas, não se pode ignorar que “o excesso de julgados contraditórios gera instabilidade e descrédito que corroem a aptidão do Judiciário para criar direito, na medida em que se produz no jurisdicionado e na comunidade jurídica uma impressão de caos e de loteria jurisprudencial”⁵⁹². Tudo isso, diga-se de passagem, está a aconselhar uma teorização em torno da eficácia dos precedentes jurisprudenciais⁵⁹³.

Não é de se causar verdadeira estranheza, então, a defesa do efeito vinculante no controle difuso, pois, na esfera federal, o próprio legislador ordinário já fez por prever que a jurisprudência firmada dos Tribunais Superiores pode embasar a decisão de não interposição de recursos nas ações ordinárias referentes a certos direitos individuais homogêneos. Com efeito, o Advogado-Geral da União pode orientar administrativamente a desnecessidade de propositura de ação judicial, dispensando ainda a interposição de recursos em processos julgados, quando a controvérsia jurídica estiver reiteradamente decidida pelo Supremo Tribunal Federal

⁵⁹¹ Eduardo de Avelar LAMY anotou que: “Embora os relatores não estejam obrigados a dar provimento ou a negar seguimento a recurso segundo o entendimento dos tribunais superiores ou do próprio tribunal, não há dúvida de que o cotidiano forense costuma aplicar as modificações inseridas no Código de Processo Civil pela Lei n.º 9.756/1998, que associou o aumento dos poderes do relator ao respeito dos precedentes jurisprudenciais, consoante os arts. 557, caput, § 1º, 557, § 1º-A, 120, par. ún., 481, par. ún., e 544 § 3º e § 4º, do CPC, dada a necessidade de decidir rapidamente os feitos, segundo interpretação segura e pacífica. A valorização crescente dos precedentes indica a tendência de adoção da súmula vinculante. À medida que os tribunais e os relatores continuam a praticar o sistema até agora implantado, conforme a estrutura judiciária constitucional – especialmente pelas decisões monocráticas permitidas pelo art. 557 do CPC e o efeito vinculante existente nas ações de controle concentrado de constitucionalidade – o amadurecimento do sistema jurídico-político brasileiro indica esta direção. Trata-se de uma constatação” (LAMY, Eduardo de Avelar. Súmula vinculante: um desafio. *In Revista de processo*, n.º 120, Ano 30, fevereiro 2000, Revista dos Tribunais. p. 118-119).

⁵⁹² MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 68.

⁵⁹³ “Se é certo que o papel da jurisprudência é cada vez mais importante, também é certo que é preciso um estudo mais rigoroso da teoria do precedente e um aprimoramento na utilização das técnicas desenvolvidas a partir desse conjunto teórico. E uma das técnicas mais importantes é, justamente, a técnica da ‘redação do preceito normativo jurisprudencial’, a *ratio decidendi*, a ‘norma jurídica geral’ construída a partir de casos concretos” (DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, e OLIVEIRA, Rafael. Ob. Cit., p. 393).

ou Tribunais Superiores (art. 4º, da Lei n.º 9.469/1997). De igual sorte, o art. 131 da Lei n.º 8.213, de 1991, confere ao INSS a possibilidade de esta autarquia seguir os desígnios dos precedentes jurisprudenciais reiterados oriundos das Cortes Superiores.

A partir do que se sustentou até o momento, pode-se concluir que a defesa do efeito vinculante no tocante aos demais processos subjetivos coaduna-se com a idéia de prestígio das decisões constitucionais exaradas pelo Supremo Tribunal Federal. Conforme já identificado, a ausência de vinculatividade é tributária da transposição do modelo do controle difuso para o sistema jurídico nacional, avesso à observância obrigatória dos precedentes (haja vista a inexistência de mecanismos similares ao *stare decisis*).

O dilema descortinado ao longo deste estudo não guarda caráter de ineditismo. Afinal, é de se observar que a Constituição Republicana de 1891 instituiu o dever de “consulta recíproca” por parte dos tribunais integrantes da Justiça Estadual e Federal. Ou seja, o art. 59, § 2º, da Constituição de 1891 estabeleceu que era incumbência da Justiça Federal consultar a jurisprudência estadual nas hipóteses de aplicação da lei estadual e, de forma recíproca, impôs à Justiça Estadual a observância da jurisprudência federal para as hipóteses de aplicação de uma lei federal. Com efeito, § 2º do art. 59 da Constituição de 1891 dispôs que: “Nos casos em que houver de aplicar a lei dos Estados, a justiça federal consultará a jurisprudência dos tribunaes locais, e vice-versa, as justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos tribunaes federaes, quando houverem de interpretar leis da União”⁵⁹⁴.

Apesar da recomendação preconizada pelo dispositivo constitucional, por certo não se estava diante da imposição compulsória de observância das decisões adotadas pela jurisprudência estadual ou federal, naquele modelo de justiça dual. Contudo, o art. 1º do Decreto n.º 23.055, de 09 de agosto de 1933, foi enfático na imposição de observância da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O dispositivo mencionado contemplava que: “As justiças dos Estados, do Distrito

Federal e do Território do Acre devem interpretar as leis da União de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”.

Assim, a defesa do efeito vinculante – com projeções na esfera do controle difuso – é consentânea com o manejo das demais técnicas aplicadas no controle de constitucionalidade⁵⁹⁵. Vale dizer, “A decisão proferida em controle difuso, embora apresente eficácia *inter partes*, repercute além do caso decidido, interferindo em situações subjetivas de sujeitos que não figuraram na relação processual. Trata-se de uma eficácia reflexa”⁵⁹⁶. Consoante já destacado, a interpretação de acordo com a Constituição é considerada verdadeira técnica de “salvamento”, de sorte a prestigiar a presunção de constitucionalidade da lei ou ato normativo. Logo, se o Supremo Tribunal Federal – na perspectiva da interpretação conforme – externa determinada posição a respeito de tema ou questão constitucional, não é crível a defesa de posicionamento diverso sem a violação do postulado da presunção de constitucionalidade⁵⁹⁷.

Além disso, cabe ainda o registro de que, na atualidade, a linha divisória entre os sistemas da *commow law* e da *civil law* está muito longe de sustentar uma dicotomia e uma separação estanque entre esses modelos. Aliás, a crescente primazia conferida à jurisprudência pode ser explicada pela franca aproximação

⁵⁹⁴ Ao criticar o dispositivo em questão, Marcelo LAMY e Luiz Guilherme Arcaro CONCI afirmam que: “Parece-nos que se trataria de uma minoração da ideia estabelecida no citado artigo, já que, se há uma imbricação entre Justiças Estaduais e Federal de tal monta, por que razão não deveriam, estas, seguir aos julgados do elo superior da hierarquia judiciária brasileira, qual o Supremo Tribunal Federal?” (LAMY, Marcelo; e, CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Ob. Cit., p. 300).

⁵⁹⁵ Fredie DIDIER JR. e Leonardo José Carneiro da CUNHA comentam ainda a hipótese em que, por força do julgamento do incidente de arguição de inconstitucionalidade, é possível cogitar do controle difuso, mas abstrato: “Nada impede, porém, que o controle de constitucionalidade seja difuso, mas abstrato: a análise da constitucionalidade é feita em tese, embora por qualquer órgão judicial. Obviamente, porque tomada em controle difuso, a decisão não ficará acobertada pela coisa julgada e será eficaz apenas *inter partes*. Mas a análise é feita em tese, que vincula o tribunal a adotar o mesmo posicionamento em outras oportunidades” (DIDIER JR., Fredie, e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. Vol. 3, 8ª ed., Salvador: Edições Podium, 2010. p. 342).

⁵⁹⁶ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Ob. Cit., p. 191.

⁵⁹⁷ Com efeito, Eduardo G. ENTERRIA adverte, nesta hipótese, para a *proeminência* da jurisprudência constitucional da Corte Suprema em relação aos demais tribunais ordinários: “*Por ello hay que concluir que la misma preeminencia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se produce sobre la del Tribunal Supremo o cualquier otro Tribunal sectorial cuando el Tribunal Constitucional no declara la inconstitucionalidad de la Ley en cuestión y se limita a ofrecer de ésta una interpretación en consonancia con la Constitución que permite mantener su validez (...)*” (ENTERRIA, Eduardo Garcia de. Ob. Cit., p. 103).

entre tais vertentes. No Brasil, como é de se notar, a herança lusitana implicou a recepção do sistema romanista⁵⁹⁸; porém, nota-se, atualmente, uma tendência bastante acentuada de conferir à jurisprudência efeitos mais amplos e genéricos e, em certos parâmetros, uma eficácia vinculante.

Aliás, em certa medida, pode-se dizer que o sistema continental europeu abandonou o exacerbado apego à lei, eis que as construções contemporâneas privilegiam as cláusulas gerais e regras de conteúdo aberto⁵⁹⁹. E, após a abertura para os processos interpretativos pós-positivistas, o fechamento do sistema é idealizado com a construção de mecanismos voltados à garantia de uniformidade na aplicação da norma jurídica⁶⁰⁰. Ora, é na obediência ao precedente que se realizam a observância do princípio isonômico e ainda a coerência e continuidade dos

⁵⁹⁸ “O ordenamento jurídico brasileiro recebeu influências tanto do *civil law* quanto do *common law*. Primeiramente, em virtude da colonização portuguesa, recepcionou o sistema romano, adotado por Portugal, e sobre ele firmou suas raízes. A herança lusitana trouxe a concepção da lei como a principal fonte do direito, mas introduziu no Brasil, igualmente, os assentos, enunciados judiciais com caráter normativo, que se prestavam a dirimir dúvidas sobre a interpretação das normas e a conferir-lhe uniformidade, e que perduraram até a República, constituindo o antecedente histórico dos prejulgados e das súmulas, que seriam empregados mais tarde aqui” (MELLO, Patrícia Perrone Campos. Ob. Cit., p. 54-55).

⁵⁹⁹ “Sabe-se, contudo, não só que a Codificação foi incapaz de dar conta ao que se propôs – tendo surgido uma hiperinflação de leis especiais e de regras processuais de conteúdo aberto, destinadas a dar aos juízes oportunidade de considerar situações imprevisíveis ao legislador – como, também, que a ideia de que os juízes deveriam somente aplicar as leis foi rapidamente derrotada” (MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. *In A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR* / Coordenador Luiz Guilherme Marinoni, Salvador: JusPodium, 2010. p. 214).

⁶⁰⁰ O fenômeno é visto com uma certa carga de negatividade por Lênio Luiz STRECK: “As consequências todos conhecemos: sob o pretexto de os juízes não serem mais a boca da lei, os princípios passaram a ser a ‘era da abertura interpretativa’, a ‘era da criação judiciária’... Em decorrência, estabeleceu-se um verdadeiro ‘estado de natureza hermenêutico’, que redundou em uma fortíssima e dura reação do establishment jurídico-dogmático: mudanças legislativas introduzindo, cada vez com mais força, mecanismos vinculatórios. Em outras palavras, o establishment jurídico-dogmático procedeu a uma adaptação darwiniana” (STRECK, Lênio Luiz. O que é isso – decido conforme minha consciência? p. 91).

julgamentos⁶⁰¹. Logo, a segurança jurídica passa a estar atrelada ao campo da decisão judicial e não ao conteúdo da norma jurídica.

Por tais razões, a preocupação com a atribuição de uma eficácia normativa aos julgados passa a representar uma das preocupações dos juristas brasileiros, como forma de superar certos *voluntarismos*⁶⁰². O desrespeito à exegese fixada pelo STF, senão sistemático, mas não menos desprezível, é fenômeno que depõe contra a credibilidade das cortes⁶⁰³.

2.5.2. O tempo da “jurisdição constitucional”.

O presente tópico pretende apenas registrar a necessidade de contextualização do “tempo” da jurisdição constitucional, pois a ideia de efeito vinculante está atrelada à medição do espaço-tempo. Não se trata de discutir aqui os problemas da síndrome *multigeracional* e do legado da Constituição para as gerações futuras. O que se quer dizer é que *autonomia* entre os planos do controle abstrato e do controle concreto pode produzir tensões entre as decisões proferidas nos dois modelos, com riscos para a segurança jurídica (matéria enfrentada no

⁶⁰¹ “É na obediência ao precedente, à sua eficácia vinculante e persuasiva, que se realizam os valores de igualdade, coerência e continuidade do ordenamento, e ocorre o recomendável temperamento entre as exigências de certeza e confiabilidade e as exigências de flexibilidade jurídica para a adaptação e mutação provocadas pela dinâmica da vida social, cuja complexidade se incrementa em ritmo exponencial” (PAGANINI, Juliana Marcondes. A segurança jurídica nos sistemas codificados a partir de cláusulas gerais. In **A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR** / Coordenador Luiz Guilherme Marinoni, Salvador: JusPodium, 2010. p. 145).

⁶⁰² Oportuno transcrever trecho do acórdão exarado pelo Min. Humberto Gomes de Barros no julgamento do AgReg. em EREsp n.º 279.889-AL: “*Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. (...) Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém*” (STJ – AgRg em EREsp n.º 279.889-AL). O julgado em questão recebeu os comentários atentos de Lênio Luiz STRECK (STRECK, Lênio Luiz. O que é isso – decido conforme minha consciência? p. 24-25).

⁶⁰³ “Como é intuitivo, todos os aludidos argumentos estão presentes na decisão de atribuir eficácia normativa ou impositiva intermediária aos julgados no Brasil. Registra-se, aqui, uma grande insatisfação com o número de decisões judiciais contraditórias, com o desrespeito sistemático à exegese constitucional já fixada pelo Supremo Tribunal Federal e uma preocupação crescente com a sobrecarga experimentada pelo Judiciário em geral, e pela Corte Constitucional especificamente” (MELLO, Patrícia Perrone Campos. Ob. Cit., p. 72).

tópico anterior). Não se pode ignorar que a decisão proferida no controle abstrato poderá ainda estar balizada por critério de modulação temporal, alcançando ou não eventual processo subjetivo. Nessas hipóteses, há que se fazer a defesa da coisa julgada, conforme ver-se-á adiante.

Cabe reforçar que a autonomia das instâncias decisórias e o tempo correlato ao processo judicial têm gerado perplexidades. É inevitável que entre a edição do ato normativo e a declaração de (in)constitucionalidade advinda do intérprete da Constituição se tenha o transcurso de um lapso temporal considerável, razão pela qual põe-se em discussão a intrincada questão do “tempo” da jurisdição constitucional. A discussão ganha relevo diante das perspectivas que decorrem da decisão constitucional: mudanças interpretativas, superação de precedentes, necessidade de se preservar ou não a coisa julgada etc.

Por certo, os dilemas concernentes à duração do processo não estão adstritos apenas ao universo da jurisdição constitucional. Convém destacar que no mundo contemporâneo há uma crescente demanda pelas *soluções urgentes*, seja pelo surgimento de novos direitos, seja pela exigência de superação da *morosidade* dos processos. São demandas previsíveis, visto que a pós-modernidade é marcada pelas *intensidades aceleradas*. No universo da “pressa”, os prazeres da ociosidade são relegados a um segundo plano (a família e a empresa digladiam-se antagonicamente⁶⁰⁴), afinal, é preciso fazer “mais, no menor tempo possível”⁶⁰⁵. A fuga, a negação e a protelação são as soluções tomadas em um mundo onde *ninguém tem mais tempo para ninguém*⁶⁰⁶. De outro lado, a *multiplicidade* dos

⁶⁰⁴ OLIVEIRA, Rosiska Darcy de. **Reengenharia do tempo**. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

⁶⁰⁵ “Num sistema fundado no princípio proprietário, o homem concreto não existe, o que existe é aquele desprovido de fomes, sonhos, paixões. O sujeito-proprietário não é o homem do tempo presente e da vida presente” (CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002. p. 131).

tempos presentes⁶⁰⁷, contrapõe-se à *consciência onipresente do tempo*⁶⁰⁸. Neste choque de *temporalidades*⁶⁰⁹, é preciso advertir que “o *fetice pela velocidade* ou a *cinese social* não transferem ao legislador a capacidade ou o poder de decidir a questão da duração do processo ao arrepio das garantias das partes e da própria jurisdição. Há um *limite do indecível*, barreiras pelas quais não é possível ultrapassar (legislar) sem se violar preceito constitucional”⁶¹⁰.

Escrevendo sobre o assunto, a partir da experiência italiana, Vittorio DENTI sugere que, com o crescimento da economia de base industrial, a **urgência** passa a ser um reclamo intrínseco à proteção dos direitos, notadamente nos setores em que a cognição exauriente pouco acrescenta à proteção dos direitos, como, por exemplo, no tocante à tutela das pessoas, do meio ambiente, dos consumidores etc. Tais cenários, de acordo com o autor italiano, induzem à necessidade de se repensar o quadro dos remédios e das técnicas processuais para a tutela das novas gerações de direitos, antes largamente dominados pelo mito de que somente após a coisa

⁶⁰⁶ BRADBURY, Ray. **Fahrenheit 451**. Rio de Janeiro: Globo, 2007. p. 45.

⁶⁰⁷ “Os tempos sociais são múltiplos, ligados entre si de acordo com modalidades complexas. Toda sociedade revela diferenças setoriais no que diz respeito à temporalidade, à presença ativa do tempo e de seus efeitos. Alguns setores podem ser tidos como lentos: o do sagrado, do religioso, que se refere ao passado fundador tentando eternizá-lo, resistir aos ataques da história, manter uma conformidade [...] Muitos setores podem ser considerados os mais rápidos nas sociedades da modernidade: o das ciências e das tecnologias de aplicação, em contínua expansão e detentoras de uma crescente capacidade de afetar o homem em sua própria natureza”. (BALANDIER, Georges. **A desordem: elogio do movimento**. Bertrand Brasil, p. 68).

⁶⁰⁸ ELIAS, Norbert. **Sobre o tempo**. Jorge Zahar, p. 109.

⁶⁰⁹ “Ora, a atualidade é entendida como uma passagem para o novo; ela vive na consciência da aceleração de eventos históricos e na expectativa das diferenças do futuro. Por isso, o reinício epocal, que marca a ruptura com o mundo moderno, com o mundo da Idade Média cristã e com o mundo antigo, repete-se, de certo modo, em qualquer momento atual portador de algo novo. A atualidade, enquanto renovação continuada, pereniza a ruptura com o passado. O horizonte das expectativas referidas ao presente, aberto ao futuro, também orienta o acesso ao passado. Desde o final do século XVIII, a história é entendida como um processo que abrange o mundo todo, gerando problemas. Nela, o tempo é tido como fonte para a solução de problemas, escassa e orientada para o futuro, que o passado nos deixou. Todavia, os passados exemplares, que poderiam ser tomados como modelos de orientação para o presente, se embaçaram. Isso significa a modernidade não poder mais extrair seus padrões orientadores dos modelos de outras épocas. A modernidade descobre que depende exclusivamente dela própria – ela tem que extrair sua normatividade de si mesma. E, a partir de agora, a atualidade autêntica constitui o lugar onde a continuidade da tradição se cruza com a inovação” (HABERMAS, Jürgen. **Diagnósticos do tempo: seis ensaios**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2005. p. 09-10).

⁶¹⁰ GOMES, Décio Alonso. **(Des)aceleração processual: abordagens sobre dromologia na busca do tempo razoável do processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007. p. 80.

julgada far-se-ia possível alterar a realidade concreta⁶¹¹. Ainda nessa perspectiva, Mario CASELLA chega até mesmo a visualizar um futuro “*dominato della rapidità e dalla provvisorietà dei provvedimenti, appunto, di ‘urgenza’*”⁶¹², com ênfase pela celeridade, pela simplicidade e pela ampliação das técnicas sumárias. Ou seja, “il ‘tempo’ è intenso come un bene in sé e per sé, influente in modo decisivo sull’oggetto del diritto”⁶¹³.

Com efeito, mostrou-se inconsistente a impressão dominante nos séculos XIX e XX, que imaginava que a técnica exauriente do procedimento ordinário revelava-se adequada para a tutela das eventuais pretensões deduzidas em juízo⁶¹⁴. De fato, o procedimento ordinário revelou-se completamente insuficiente para assegurar uma tutela jurisdicional efetiva a todas as situações de vantagem, ou seja, a todos os direitos que reclamam uma tutela de urgência. Ou seja, como os procedimentos comuns do processo de conhecimento foram idealizados sem a possibilidade de concessão de provimentos *liminares*, não foi difícil perceber a inadequação desta técnica para a tutela dos novos direitos (direito à proteção da marca comercial, direitos ligados à proteção da concorrência desleal, direitos da personalidade etc.). É

⁶¹¹ DENTI, Vittorio. **La tutela d’urgenza**. Atti del XV convegno nazionale (Bari, 4-5 ottobre, 1985), Castello : Rimini-Maggioli, 1986. p. 167.

⁶¹² CASELLA, Mario. Il nuovo processo cautelare. *In* **Rivista di diritto processuale**. Padova, n.º 4, p. 1005-1036, ottobre/dicembre, 1995. p. 1007 (tradução livre: “dominado pela rapidez e pela transitoriedade das medidas, precisamente, de urgência”).

⁶¹³ CASELLA, Mario. Ob. Cit., p. 1007 (tradução livre: “o ‘tempo’ é compreendido como um bem em si e para si, influente de modo decisivo sobre o objeto do direito”).

⁶¹⁴ “O sistema tradicional de tutela dos direitos, estruturado sobre o procedimento ordinário e as sentenças da classificação trinária, é absolutamente incapaz de permitir que os novos direitos sejam absolutamente tutelados. Esse modo de conceber a proteção dos direitos não levou em consideração a necessidade de tutela preventiva, nem obviamente os direitos que atualmente estão a exigir tal modalidade de tutela” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 14).

acertado concluir que a ideologia *abstencionista* do Estado liberal⁶¹⁵ influenciou a formatação destes dogmas na esfera processual, culminando na exigência da suposta *certeza*, almejada tão-somente a partir da cognição exauriente. A sentença condenatória serviu como um *signo* dos postulados do Estado liberal: tutela *ressarcitória* para evitar qualquer sorte de coercibilidade pessoal, alcançada após a *certeza* emprestada pela cognição exauriente. Desse modo, preservava-se a ideia de *transtemporalidade* do buscada pelo Código Civil napoleônico (de 1804). Assim, a escola historicista – com o mito da codificação – tripudiava sobre o *passado* e afastava o *futuro*. Nada mais coerente na perspectiva cientificista que se descortinou naqueles tempos. Ocorre, entretanto, que a aceitação destes postulados é incompatível com os contornos da prestação jurisdicional modelada para um modelo de Estado *intervencionista*, notadamente diante das necessidades prestacionais da sociedade contemporânea.

Não por outra razão, assistiu-se ao uso anômalo da tutela cautelar, que passou a funcionar como *válvula de escape* ou instrumento de vazão para a “sumarização” do processo de conhecimento. Ou seja, o uso *distorcido* da tutela cautelar funcionou como um dos primeiros “sinais de alerta” e advertência quanto ao *descompasso* do sistema processual com a realidade das novas gerações de direitos. Em razão dessa premente exigência de *aceleração* do tempo⁶¹⁶, tem-se que o legislador veio a adotar e consagrar novas técnicas de cognição sumária. Referidas técnicas, diga-se de passagem, são conhecidas na Itália como tutelas jurisdicionais *diferenciadas*, visto que possibilitam que o juiz *antecipe* os efeitos do julgamento, projetando-os para fora do processo, antes da outorga da tutela definitiva, satisfazendo certas exigências do direito material reclamado no caso

⁶¹⁵ “O Estado liberal elegeu como dogma absoluto a preservação da liberdade humana. O art. 1.142 do Código de Napoleão é expresso a respeito: ‘Toda obrigação de fazer ou não fazer resolve-se em perdas e danos e juros, em caso de descumprimento pelo devedor’. Imunizava-se a vontade humana, sob o dogma e signo de sua incoercibilidade. Alvo de constrangimentos abusivos, no período das monarquias absolutas, agora deveria ser preservada a qualquer custo, não devendo, então, o Estado, de forma alguma, intervir nas relações sociais” (OLIVEIRA, Robson Carlos de. O princípio constitucional da razoável duração do processo, explicitado pela EC 45, de 08.12.2004, e sua aplicação à execução civil: necessidade de que poder judiciário através dessa norma-princípio flexibilize as regras jurídicas e passe a aplicá-las, garantindo um efetivo e qualificado acesso à justiça. *In Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n.º 45/2004* / Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier ... [et. al.], São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 668).

concreto. Na esfera do direito processual pátrio, a generalização quanto ao uso da tutela antecipatória - substanciada nos artigos 273 e 461 do CPC - passou a representar verdadeiro marco legal na veiculação destas técnicas de *aceleração processual*. Os dispositivos em questão romperam ainda com o dogma da impossibilidade da execução desprovida de título⁶¹⁷ (ou, ao menos, estão a exigir o reenquadramento doutrinário de alguns aspectos concernentes aos títulos executivos). Ademais, as técnicas combinadas dos artigos 273 e 461 do CPC revelam a possibilidade de antecipação por abuso do direito de defesa ou ainda nos casos de parcela incontroversa da demanda, otimizando a prestação jurisdicional com a distribuição mais parcimoniosa do *ônus* do tempo de duração do processo.

A razoabilidade *temporal* deve ser sopesada na perspectiva de um tênue e sutil equilíbrio. Equilíbrio do ciclista, parafraseando VIRILIO⁶¹⁸. O “ciclista”, a fim de não perder o equilíbrio, não pode andar em “baixa” velocidade. Também a alta velocidade lhe é prejudicial. Assim deve ser a reconstrução histórica propiciada pelo processo; numa velocidade compassada, não necessariamente *constante* ou *retilínea*, sob pena de violação de garantias processuais.

Portanto, um dos grandes desafios da expansão do efeito vinculante diz respeito às dimensões do fenômeno temporal⁶¹⁹. Desnecessário insistir - para ficar apenas nestas nuances - que as noções de *tempo* são diferentes para o senhor e

⁶¹⁶ Vide, neste sentido: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração do processo**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.

⁶¹⁷ “Os provimentos jurisdicionais liminares antecipatórios de tutela, baseados em cognição sumária e introduzidos como normas gerais para toda e qualquer lide (arts. 273, 461, § 3º, e 461-A, § 3º, do CPC), bem como os provimentos jurisdicionais finais auto-executáveis (arts. 461 e 461-A do CPC), quebraram o dogma da *nulla executio sine titulo* e da autonomia da execução” (OLIVEIRA, Robson Carlos de. Ob. cit., p. 673).

⁶¹⁸ VIRILIO, Paul. **A inércia polar**. Dom Quixote (Coleção Ciência Nova), 1993.

⁶¹⁹ “De fato, a fragmentação e a proliferação das diversas noções de tempo que hoje possuímos determinam as suas atuais concepções históricas e o seu significado ambíguo na época moderna, precisamente quando a esta, sob o impulso de sua própria dinâmica. Tais contingências determinam o nascimento de tempos distintos e possivelmente irredutíveis entre si. Anteriormente, o tempo tinha de ser necessariamente diferente para o crente e para o cético, para o senhor e para o criado, para o burguês e para o lavrador. Mas a situação se complica com a combinação de tempos artificiais produzidos pela tecnologia com os ritmos de vida das pessoas, de modo que a produção industrial quebrou a percepção das estações e o ritmo do ano. A automatização e a robotização da empresa romperam, por sua vez, o tempo tradicional, fazendo surgir *cisões* como aquela reservada ao ócio do trabalho” (SPENGLER, Fabiana Marion. **Tempo, direito e constituição: reflexos na prestação jurisdicional do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 18).

para o criado, para o burguês e para o lavrador⁶²⁰. Não se pretende, neste particular, descer a essas minúcias, mesmo porque, para a investigação desta temática, exigir-se-iam certas premissas teóricas que escapam da órbita do assunto tratado⁶²¹.

Assim, a *modulação temporal* das decisões constitucionais assume um papel ímpar na harmonização das instâncias autônomas de controle de constitucionalidade. Contudo, a modulação, por si só, não afasta as perplexidades que venham a decorrer da disparidade nos critérios de enfrentamento do tema constitucional, razão pela qual também por este viés, se justifica a preocupação versada no presente trabalho.

⁶²⁰ "O risco da discronia é real em sociedades pouco solidárias, que acumulam as tensões entre o tempo dos ganhadores e o tempo dos negligenciados, o tempo instantâneo das trocas financeiras e o tempo lento da produção ou o tempo muito lento da regeneração dos recursos naturais, tempo imediato da comunicação mediática e tempo mediato da reflexão" (OST, François. **O tempo do direito**. Traduzido por Maria Fernanda de Oliveira, Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 15).

⁶²¹ "É que a *indeterminação* a que nos referimos, na hipótese, *não é dos conceitos jurídicos (ideias universais), mas de sua expressão (termos)*; logo, mais adequado será referir-mo-nos a *termos indeterminados de conceitos*, e não a *conceitos (jurídicos ou não) indeterminados*" (GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000. p. 147).

Capítulo III. OS REFLEXOS DA FILTRAGEM SELETIVA NO CENÁRIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DIFUSA E A EXPANSÃO DO EFEITO VINCULANTE.

3.1. A demonstração da repercussão geral das questões constitucionais em sede de recurso extraordinário e os mecanismos que lhe antecederam.

3.1.1. O espelho da Suprema Corte americana e a implantação tardia do critério de seletividade dos julgamentos (EC 45/2004).

Não é despropositado insistir que o STF foi concebido sob a inspiração do modelo desempenhado pela Suprema Corte Norte-Americana, com inequívocas atribuições jurídico-políticas, visto competir-lhe a limitação do Estado aos parâmetros estabelecidos pela Constituição Federal⁶²².

Logo, ao se cogitar a exigência preconizada pelo art. 102, § 3º, da CF/88, o paralelo idealizado por vários segmentos da doutrina nacional é que na experiência da Suprema Corte Norte-Americana, consagrou-se, há muito tempo, mecanismo de *filtragem* impeditivo da “admissão” de matérias de menor importância no contexto daquele Tribunal superior. O “Ato dos Juízes” (Judiciary Act) de 1925, emanado do Congresso Americano, permitiu que a Suprema Corte dos EUA ampliasse o seu poder discricionário com o fortalecimento do critério da *relevância*, possibilitando-lhe efetuar triagem acerca da natureza da questão federal e constitucional, de sorte a examiná-la sob o ponto de vista do interesse geral da sociedade.

Para melhor compreensão, cabe observar que a *US Supreme Court* é composta por oito *Associate Justices* (“Ministros”) e um *Chief Justice* (“Presidente”),

⁶²² “De outro lado, à Constituição compete um papel unificador do Direito no Estado Constitucional. É sua função outorgar unidade ao Direito. Ao Supremo, nessa quadra, outra tarefa não poderia restar que não contribuir para a unidade do Direito no Estado Constitucional brasileiro, estabilizando-o e desenvolvendo-o unitariamente em seu cotidiano” (MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*, p. 14-15).

que empresta o seu nome ao período no qual *chefia* a Corte⁶²³. A competência daquela Corte é dividida em: (i) *originária* (*trial jurisdiction* ou *original jurisdiction*); ou (ii) *recursal*, desencadeada por meio de dois recursos: *appeal* e o *writ of certiorari*. Este último mecanismo, diga-se de passagem, guarda semelhança com a figura do recurso extraordinário utilizado na experiência nacional para o acesso ao Supremo Tribunal Federal. Assim, o julgamento do *writ of certiorari* pode decorrer das seguintes técnicas: (i) *per curiam*, equivalente ao recebimento ou não do recurso (similar ao juízo de *admissibilidade* operado no direito pátrio), com pronunciamento “sem fundamentação, em função das *judicial policies*, deliberações de política judiciária, pois, inexistindo *statute grounds* (fundamentos de direito escrito) para justificá-las, são da pertinência dos poderes do *judge-made law*, ou seja, dos *cases laws*”⁶²⁴; e, (ii) *on the merits*, “em que há o voto do relator (*vote*), os votos concorrentes (*concurring opinions*) e os votos vencidos (*dissenting opinions*), com os resultados, em relação à decisão recorrida: *affirmed*, ou *reversed* ou *reversed and remanded* (essa última decisão, com ordem para o tribunal ‘*a quo*’ reformar sua decisão, em função da definição dada à norma jurídica *sub specie*)”⁶²⁵. O referido critério classificatório é chancelado por Lawrence BAUM que distingue, por sua vez, dentre as competências *original* e *apelatória*, os casos *obrigatórios* e *facultativos*⁶²⁶.

Em última análise, na experiência do direito norte-americano o exame preliminar consiste em verificar se a questão jurídica deduzida na esfera do *writ of certiorari* é suficientemente relevante para merecer um pronunciamento da Suprema

⁶²³ “A existência da Suprema Corte se baseia na Constituição dos EUA (art. 3º, Seção I), que não tem determinação precisa de seus poderes; há apenas a previsão de um ‘tribunal supremo’, ao lado de ‘diversos tribunais inferiores’, que seriam oportunamente instituídos pelo Congresso. Os juízes, tanto os do Supremo quanto os dos tribunais inferiores, permaneceriam no cargo enquanto tivessem ‘bom comportamento’, receberiam remuneração pelo cargo e esta não poderia ser reduzida. Como se vê, nem mesmo o número exato de juízes ou até a competência da Suprema Corte, foram determinados pela Constituição, mas sim deixados a cargo do Legislativo. Há quem veja, aí, uma demonstração de confiança no sistema de ‘freios e contrapesos’ típicos da democracia americana; outros acham que a ausência de regras claras sobre questões tão importantes representaria uma ameaça à independência da Suprema Corte” (BRAGHITTONI, R. Ives. Ob. Cit., p. 23)

⁶²⁴ SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law – introdução ao direito dos EUA**. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 92.

⁶²⁵ SOARES, Guido Fernando Silva. Ob. Cit., p. 92

⁶²⁶ BAUM, Lawrence. **A suprema corte americana**. Trad. de Élcio Siqueira, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987. p. 49.

Corte norte-americana⁶²⁷. Para os casos afetos às competências *facultativas* daquela Corte, a seleção é bastante restrita, cabendo ao sucumbente formalizar uma petição indicando as razões que justificam o julgamento do caso⁶²⁸.

A ausência de mecanismo de filtragem similar na experiência brasileira fez com que Pedro LESSA, já em 1915, noticiasse a “crise” do Supremo Tribunal Federal, recomendando que era preciso “desafogar o STF de parte de seus trabalhos no interesse da celeridade ou menor lentidão nos julgamentos”⁶²⁹.

3.1.2. Os mecanismos de filtragem que antecederam a exigência da repercussão geral em sede de recurso extraordinário (*jurisprudência defensiva?*).

Antes do advento da EC 45/2004 (e, talvez, com exceção do *breve* período em que vigorou a arguição de relevância da questão federal), pode-se concluir que a ausência de mecanismos *efetivos* de filtragem contribuiu para uma cultura de fomento e criação de alguns *artificialismos* processuais (prequestionamento etc.)⁶³⁰,

⁶²⁷ Arruda ALVIM, escrevendo sob os auspícios da função desempenhada pelo STJ, anotou que: “Nos Estados Unidos, entre outros textos de tribunais estaduais, há de apontar-se fundamentalmente, a *Rule 19*, das *Rules of the Supreme Court of the United States*. Identificam-se os seguintes referenciais existentes a respeito, e, indicativos de ser uma questão *digna de ser submetida à Suprema Corte*, à luz de premissa fundamental, qual seja, a de que a avaliação do cabimento, por meio do *writ of certiorari* não é matéria de direito (vale dizer, é ato político)” (ALVIM, Arruda. A alta função jurisdicional do superior tribunal de justiça no âmbito do recurso especial e a relevância das questões. In **Revista de processo**, n.º 96, Ano 24, out-dez. 1999, Revista dos Tribunais. p. 43).

⁶²⁸ “A partir da década de 70, o processo foi invertido e o Presidente apresenta, ao contrário, os casos que merecem consideração. *Todos os outros casos são, automaticamente, considerados não merecedores de julgamento* – o que acontece, em média, com algo em torno de dois terços de todos os casos que chegam àquela Corte. (...) Bastante digno de nota, como se vê também, o papel do assistente – que não tem poder jurisdicional, mas ainda assim decide, ‘monocraticamente’, o que vai e o que não vai ser julgado. *E mais: essa decisão é absolutamente discricionária e imotivada*. Muito significativa a esse respeito a manifestação do Juiz Stevens, em 1982, que declarou que seus assistentes examinam todas as petições e ‘escolhem uma pequena minoria que acreditam que eu mesmo devo ler. Como resultado, eu nem sequer olho os autos em mais de 80 por cento dos casos que chegam’” (BRAGHITTONI, R. Ives. Ob. Cit., p. 30/31). Neste caso específico, na experiência da Suprema Corte americana, tem-se uma espécie de **filtro administrativo**, haja vista que não se pode aceitar a ideia de que os assessores dos juízes integrantes daquele Tribunal possam estar embuídos de poderes jurisdicionais.

⁶²⁹ LESSA, Pedro. **Poder judiciário**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915. p. 23-24.

⁶³⁰ “Ampliam-se, assim, cada vez mais, os ‘filtros artificiais’, como exigências cada vez mais incompreensíveis de prequestionamento, ao mesmo tempo em que o Supremo se afasta mais e mais de suas tarefas fundamentais” (BRAGHITTONI, R. Ives. Ob. Cit., p. 48).

os quais foram idealizados para obstar o cabimento e processamento dos recursos extraordinários endereçados ao Supremo Tribunal Federal⁶³¹.

Com efeito, ao longo da experiência processual brasileira foram contemplados diversos mecanismos para minimizar a sobrecarga de trabalho do STF⁶³², idealizados com o propósito de diminuir a quantidade de feitos ou elitizar a natureza dos processos enviados à instância extraordinária⁶³³. Assim, sem a pretensão de esgotá-los, é possível destacar, neste sítio, algumas dessas técnicas de restrição impostas para o acesso à Corte, cujo alvo precípua, diga-se de passagem, sempre foi o leque das competências recursais da Corte Suprema.

Dentre esses filtros, solução simplista e comprovadamente improdutora, mas que, vez por outra volta à baila, diz respeito ao aumento do número de ministros integrantes da Corte Suprema⁶³⁴. De fato, ao longo de sua história, o STF apresentou diversas composições numéricas, sem reflexos diretos na amenização

⁶³¹ "Pois o Supremo Tribunal Federal, no regime anterior ao da repercussão geral do 3º do art. 102 da Constituição, via-se na contingência de receber milhares de recursos extraordinários que envolvem embates constitucionais surgidos incidentalmente nas relações processuais intersubjetivas (*inter partes* e *intra processum*). As quais, por reprodução em demandas individualizadas, crescem em proporções geométricas, resultando em número injustificável e insuportável de recursos extraordinários e agravos de instrumentos sobre a mesma temática constitucional (questão constitucional). A modelação subjetivista do recurso extraordinário – prerrepercussão geral – desse modo, produziu um efeito indesejável e pernicioso: deu azo aos excessos e abusos (como, p. ex., o intuito protelatório do cumprimento das decisões judiciais) do direito de recorrer" (VIANA, Ulisses Schwarz. Ob. Cit., p. 15).

⁶³² "Em todas as ocasiões em que se cogita da reforma do STF, três, normalmente, são as soluções apontadas: o aumento do número de Ministros; a atribuição de parte da competência do Supremo a outro Tribunal; e a restrição à recorribilidade no recurso extraordinário, dando, ao Pretório Excelso, a flexibilidade no uso de suas atribuições, à semelhança da Suprema Corte norte-americana" (LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. A relevância da questão federal e a crise do STF, *In AJURIS*, Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, n.º 37, Ano XIII – 1986, Julho. p. 108).

⁶³³ "Os recursos para as instâncias superiores, em tese, já seriam de cabimento altamente restrito por sua própria natureza. Os requisitos de admissibilidade, para tais recursos, já seriam supostamente tão rigorosos e restritivos que a discussão sobre 'filtros' nem menos deveria ser necessária – a 'filtragem' natural seria tão intensa que se encarregaria de limitar a um número aceitável os recursos que ali aportassem. (...) Como sabido, na prática, todavia, o que ocorre é bem diferente dessa supostamente ampla 'limitação natural': essas limitações foram e são flagrantemente incapazes de reduzir a um mínimo suportável o volume de causas submetidas aos tribunais superiores, especialmente ao Supremo" (BRAGHITTONI, R. Ives. Ob. Cit., p. 42).

do acúmulo do serviço judiciário, de modo que tal experiência não se coaduna com a natureza de um Tribunal constitucional⁶³⁵. Aliás, ao se observar que a Constituição de 1988 previu um número *determinado* de integrantes para o STF (onze) e um número “*mínimo*” de julgadores para o STJ (trinta e cinco), pode-se concluir que a implantação de filtros *qualitativos* coaduna-se com o perfil da Corte responsável pela proteção da Constituição. Entretanto, a instituição de mecanismos de filtragem comporta maiores cuidados no que tange ao Superior Tribunal de Justiça.

Além disso, a própria sistemática de instituição e adoção do mecanismo das súmulas da jurisprudência dominante, aprovada em sessão plenária pelo STF em 13.12.63, deve ser lembrada como critério voltado a imprimir agilidade nos julgamentos⁶³⁶, ocasião em que se pretendeu obstar a interposição de recursos extraordinários referentes à matéria já decidida. No sistema atual, cabe o registro de que o “gigantismo” de certos Tribunais Estaduais tem gerado distorções nos julgamentos dos incidentes de uniformização, pois, em certas ocasiões, o juiz

⁶³⁴ “Considerando-se que a chamada ‘crise do Supremo’ data do início do século, quando, naturalmente, o número de recursos extraordinários era ínfimo, se comparado com o que ocorre hoje, não é difícil concluir que a causa verdadeira dessa crise deve ser outra que não o número – efetivamente reduzido – de Ministros. Não cremos que o encilhamento de processos no STF se resolveria se o número de Ministros voltasse a ser de dezessete, como no Império: seis Ministros a mais, por cento, não resolveriam a sobrecarga” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Recurso extraordinário e recurso especial, p. 52).

⁶³⁵ “O aumento do número de Ministros, além de ser mero paliativo, conduz, com o tempo e pela sucessão da mesma prática pelo crescimento do volume de recursos, à constituição de verdadeira assembléia de magistrados, o que acarreta a necessidade de se criar um órgão especial para fazer às vezes de plenário. Essa solução não se coaduna com a natureza de Suprema Corte (...)” (MOREIRA ALVES, José Carlos. A missão constitucional do supremo tribunal federal e a arguição de relevância da questão federal, Conferência no Instituto dos advogados brasileiros, Rio de Janeiro, 1982, *In Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, Ano XVI, n.º 58, p. 45).

⁶³⁶ Com efeito, analisando o ideário traçado para as *súmulas da jurisprudência dominante* do STF, Elizabeth Cristina Campos Martins de FREITAS salienta que a instituição do sistema em questão “consistia em uma medida de natureza regimental, que visava especialmente a descongestionar os trabalhos do tribunal, possibilitando que a ação de seus juízes se torne mais célere. Além disso, a súmula serviria, segundo o referido jurista [Vitor Nunes Leal], de informação a todos os magistrados do país e aos advogados dando a conhecer a orientação da Corte suprema nas questões mais freqüentes. O novo instituto serviria para uniformizar decisões que se repetissem reiteradamente em semelhantes julgados. Para ele, a súmula não deveria ter caráter impositivo ou obrigatório, não se imaginava conferir-lhe poder vinculante ou de cumprimento obrigatório, imutável para o próprio tribunal que a edita ou para as instâncias inferiores. A súmula por ele tratada consistiria em matéria regimental que poderia ser alterada conforme a necessidade, por sugestão dos ministros ou das partes, por meio de agravo contra o despacho de arquivamento de recurso extraordinário ou do agravo de instrumento” (FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. A aplicação restrita da súmula vinculante em prol da efetividade do direito, *In Revista de processo*, n.º 116, Ano 29, jul-ago. 2004, *Revista dos Tribunais*, p. 182).

responsável por suscitar o “incidente” pode não dispor de “assento” no órgão responsável pelo seu enfrentamento.

Da mesma forma, também a mencionada Emenda Constitucional n.º 16/1965, ao outorgar ao STF a competência para julgar as representações de inconstitucionalidade de leis e atos normativos, pode ser listada como uma tentativa oblíqua de diminuição do número de recursos extraordinários (ideário revelado na exposição de motivos daquela norma)⁶³⁷, com a crença na resolução da questão da inconstitucionalidade de determinadas normas jurídicas.

O *prequestionamento* também pode ser incluído dentre os mecanismos de filtragem⁶³⁸, ao lado da exigência de *retenção obrigatória* do recurso especial e extraordinário (CPC, art. 542, § 3º) no caso de manuseio destes em face de acórdãos interlocutórios. O *prequestionamento*, diga-se de passagem, insere-se com maior propriedade na perspectiva do fenômeno rotulado de *jurisprudência defensiva*, abordado mais adiante.

A seu turno, a exigência de demonstração da *repercussão geral* das questões constitucionais (veiculada pela EC n.º 45/2004) permite um possível paralelo com a extinta *arguição de relevância da questão federal* que vigorou no passado quando o STF era responsável pela apreciação de matérias hoje confiadas ao STJ. Com efeito, a *relevância da questão federal* foi introduzida no direito brasileiro por força da Emenda Regimental n.º 03, de 12.06.1975, aprovada pelo STF para entrar em vigor em 1º de agosto daquele ano. A adoção do referido instituto – que alterou

⁶³⁷ “Na Exposição de Motivos da Emenda Constitucional 16/65, sob a responsabilidade do Ministro da Justiça, Juracy Magalhães, aparece, como um dos principais objetivos da reforma, diminuir a sobrecarga do Supremo, pois com a ação direta, a partir de uma só decisão do Supremo, seria possível impedir a formação de inúmeras lides em torno de uma mesma questão de inconstitucionalidade” (VIEIRA, Oscar Vilhena. Ob. Cit., p. 122-123).

⁶³⁸ “A exigência crescente do citado ‘prequestionamento’ é indissfarçavelmente também um meio de barrar número cada vez maior de causas – mas sem critério ou justificativa bem definidos. A tal ponto chegou-se que, para bem ‘prequestionar’ a matéria a ser discutida em recurso especial ou extraordinário, é preciso (*preciso* mesmo, porque é praticamente obrigatório) antes fazer uso de embargos de declaração (!), para obter-se o tal ‘prequestionamento explícito’. Estranha exigência, estranho requisito de admissibilidade... Digladiava-se ainda a doutrina em definir se, para prequestionar a matéria, é preciso que seja ela tratada pelas partes (já que é possível que o tribunal a quo, em alguma medida, ‘se recuse’ a julgar a questão, mesmo que sejam utilizados os embargos de declaração); se seria preciso que fosse tratada no julgado (caso contrário ela não teria sido ‘julgada’); ou ainda, se seria preciso que fosse tratada por ambos. O fato é que cada vez mais se discute o que seria o *prequestionamento* e, ao mesmo tempo, cada vez é maior o número de recursos que, estranhamente, são rejeitados pelo não-atendimento desse requisito” (BRAGHITTONI, R. Ives. Ob. Cit., p. 43).

sobremaneira a admissão do recurso extraordinário – encontrava substrato no art. 119, inc. III, da Carta de 1969, ao estabelecer que “as causas a que se refere o item III, alíneas ‘a’ e ‘d’, deste artigo serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie ou valor pecuniário”.

Na ocasião, o dispositivo implantado pela Emenda Regimental 03/75 não passou incólume às críticas, eis que exorbitava as disposições constitucionais vigentes. Com efeito, era de se notar que jamais foi outorgada ao Regimento Interno do STF a possibilidade de restringir as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário. Tal situação, contudo, perdurou até o advento da Emenda Constitucional 07, de abril de 1977 (conhecida como “Pacote de abril”), que fez por implantar o § 1º, no bojo do art. 119, da CF/1969, dispondo que “As causas a que se refere o item III, alíneas ‘a’ e ‘d’ deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal, no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal”. Para aqueles que aceitam tal possibilidade, poder-se-ia falar aqui em *constitucionalização superveniente*.

Posteriormente, o art. 325 do Regimento Interno do STF, com a redação conferida pela Emenda Regimental 02, de 04.12.1985 (que entrou em vigor em 01.02.1986), alterou a sistemática até então vigente, destacando que a exigência da relevância da questão federal era obrigatória para todos os feitos, exceto para aqueles enumerados nos incs. de I a X (do art. 325)⁶³⁹, eis que, quanto a estes últimos, a relevância restou *presumida* pelo dispositivo regimental⁶⁴⁰. Assim, para Carlos Eduardo Thompson Flores LENZ, a *arguição de relevância da questão*

⁶³⁹ “Agora, após a Emenda Regimental n.º 2, salvo as exceções estabelecidas no art. 325 do Regimento Interno do STF, só cabe recurso extraordinário, com fulcro nas alíneas a e d do art. 119, III, da Constituição, quando reconhecida a relevância da questão federal. Chega-se a essa conclusão pelo confronto da redação do art. 325 do Regimento Interno da Suprema Corte, antes e após a Emenda Regimental n.º 2/85”. (LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. Ob. cit., p. 112). Na mesma linha de raciocínio, Araken de ASSIS realça que: “A técnica regimental se alterou posteriormente. Em lugar de arrolar situações de exclusão, a Emenda Regimental n.º 2, de 04.12.1985, estabeleceu, positivamente, as hipóteses de cabimento. O art. 325, XI, do RISTF então em vigor, como regra de abertura do sistema naturalmente fechado, contemplou a admissibilidade do recurso em todos ‘os demais feitos, quando reconhecida a relevância da questão federal’” (ASSIS, Araken de. Ob. Cit., p. 708).

⁶⁴⁰ “Tal elenco de *questões* autorizadoras do recurso extraordinário acabou por estabelecer casos tão concretos e específicos (art. 325 – na redação da Emenda Regimental n.º 2/85 – incisos II a X) que permitiram o trabalho criativo dos advogados no sentido de criar mecanismos para escapar do filtro recursal e dificultar a atuação do Supremo Tribunal Federal, no sentido de decidir o cabimento ou não de determinado recurso extraordinário” (VIANA, Ulisses Schwarz. Ob. Cit., p. 7).

federal era apurada com vistas ao possível interesse público subjacente na causa “em contraposição ao interesse exclusivamente privado das partes”⁶⁴¹.

Assumindo a condição de *incidente processual*, o instituto da *arguição de relevância da questão federal* – na sistemática da Constituição revogada – era alvo de constantes críticas, sobressaindo-se a circunstância de que a decisão pelo acolhimento ou não da relevância dispensava *motivação*. Outro fator de inconformismo da doutrina estava no *subjetivismo* imanente à configuração da relevância da questão federal⁶⁴².

Portanto, nada obstante alguns referenciais comuns⁶⁴³ e, com a permissão para discordar de algumas vozes que defendem que a veiculação da repercussão geral apenas fez por *ressuscitar*⁶⁴⁴ o mecanismo da arguição de relevância, as

⁶⁴¹ LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. Ob. cit., p. 110.

⁶⁴² Nesse aspecto, Rodolfo de Camargo MANCUSO observa que “Em que pesem as críticas que a instituição da arguição de relevância sempre sofreu em seus quase 13 anos de existência (v.g., que seu procedimento era complexo e oneroso; que a aferição do que fosse ‘relevante’ ficava ao absoluto critério, incontestável, do STF; que a ‘relevância’ de uma questão é um dado axiológico a ser levado em conta pelo legislador quando faz a norma e não pelo julgador que a aplica; que não se justifica a aferição da ‘relevância’ em julgamento secreto e não expressamente motivado), o fato é que vozes respeitáveis defenderam esse sistema: ...”. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Recurso extraordinário e recurso especial, p. 47).

⁶⁴³ Com a implantação do instituto da *repercussão geral* das questões constitucionais, reforça-se a ideia de que o recurso extraordinário não tem por objetivo precípuo a tutela *imediata* do interesse do recorrente. E, por este ângulo, pode-se identificar a similitude entre os institutos. Não por outra razão, José Carlos Moreira ALVES conferiu ênfase à tutela do interesse federal subjacente à arguição de relevância da questão federal: “(...) o julgamento em tese de relevância ou não, da questão federal é antes ato político do que propriamente, ato de prestação jurisdicional, e isso porque não se decide o caso concreto, mas apenas se verifica a existência ou não de um interesse que não é o do recorrente, mas que é superior a ele, pois é o interesse federal de se possibilitar ao tribunal Supremo do país, a manifestação sobre a questão jurídica que é objeto daquele caso concreto, mas que transcende dele, pela importância jurídica” (MOREIRA ALVES, José Carlos. A missão constitucional do supremo tribunal federal e a arguição de relevância da questão federal, Ob. Cit., p. 46).

⁶⁴⁴ Aliás, ecoam vozes no próprio Supremo Tribunal Federal favoráveis a sua implantação: “**Entendo recomendável discutir**, ainda, a possível **reintrodução**, em nosso sistema constitucional, do instrumento da **arguição de relevância**, para permitir à Suprema Corte o exercício do poder de selecionar, **com prudente discricção**, as causas suscetíveis de exame jurisdicional, em sede de recurso extraordinário, **à semelhança** do que já ocorreu sob a égide da Carta Política anterior e do que se verifica, **hoje**, no sistema processual argentino (CPC, art. 280, na redação dada pela Lei Federal Argentina n.º 23.774/90) e no ordenamento jurídico norte-americano, com o instituto do *writ of certiorari*” (MELLO FILHO, José Celso de. Algumas reflexões sobre a questão judiciária. Reforma do Judiciário. In *Revista do Advogado – AASP*, n.º 75, a. XXIV, abr. 2004. p. 49).

diferenças latentes e os fundamentos de validade⁶⁴⁵ distintos permitem concluir que se tratam de institutos peculiarmente *distintos*⁶⁴⁶, de sorte a impor um novo *parâmetro interpretativo* para os problemas que surjam à luz da exigência preconizada pelo art. 102, § 3º, da CF/88⁶⁴⁷.

Assim, os mecanismos e instrumentos que foram incorporados pela experiência cotidiana do Supremo Tribunal Federal podem ser agrupados na perspectiva daquilo que se convencionou denominar *jurisprudência defensiva*⁶⁴⁸. Com efeito, para preservação de sua operacionalidade, o Supremo Tribunal Federal passou a criar "mecanismos defensivos que visavam à redução numérica do julgamento de recursos extraordinários e agravos de instrumentos (art. 544 do Código de Processo Civil), como, p. ex.: o prequestionamento (Súmulas 282 e 356); a ofensa reflexa à Constituição (impossibilidade de análise primária de normas infraconstitucionais); não cabimento de recurso extraordinário em face de acórdão que defere medida liminar (Súmula 735); (...)"⁶⁴⁹.

⁶⁴⁵ "Não se pode desconhecer, em um primeiro momento, a distinção quanto aos fundamentos de validade dos institutos. A arguição de relevância era prevista em Carta outorgada durante o regime ditatorial militar. Já a repercussão geral integra um ordenamento que tem, no seu ápice, uma Constituição promulgada, que marcou o rompimento com o regime anterior e restabeleceu o Estado Democrático de Direito entre nós" (AZEM, Guilherme Beux Nassif. Ob. Cit., p. 58).

⁶⁴⁶ "Registramos que a doutrina tem se dividido na afirmação de que a repercussão geral reintroduziu no sistema recursal extraordinário a arguição de relevância. Manifestamos, desde logo, o nosso entendimento pela não ocorrência desse fato" (DELGADO, José Augusto. Reflexões sobre a repercussão geral como condição para o conhecimento do recurso extraordinário (EC 45/04). *In Reforma do Judiciário: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência*. SILVA, Bruno Freire e; MAZZEI, Rodrigo (Coords.). Curitiba: Juruá, 2006. p. 265).

⁶⁴⁷ "À primeira vista, convém dissipar qualquer inquietação dos espíritos mais impressionáveis, propensos a recordar os árduos tempos em que o STF se valeu da arguição de relevância para fechar as portas do tribunal, e confrontá-la com o instituto da repercussão geral. O legislador optou por não reproduzir a terminologia antiga para evitar as críticas quanto à noção de relevância" (ASSIS, Araken de. Ob. Cit., p. 709). Em outra passagem, o referido autor afirma categoricamente: "As marcantes diferenças entre os mecanismos pré-excluem a assimilação, no todo ou em parte, da repercussão geral à figura da arguição de relevância" (ASSIS, Araken de. Ob. Cit., p. 709).

⁶⁴⁸ "A jurisprudência defensiva deve ser identificada como instrumentos que foram desenvolvidos originariamente pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para diminuir a quantidade de recursos e tornar mais célere seu julgamento. Foi um mecanismo de reação da Suprema Corte ao horizonte de inviabilização absoluta de suas atividades jurisdicionais. Instrumentos que acabaram sendo incorporados na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Superior do Trabalho" (VIANA, Ulisses Schwarz. Ob. Cit., p. 03).

⁶⁴⁹ VIANA, Ulisses Schwarz. Ob. Cit., p. 03-04.

Contudo, em certa medida esses filtros e técnicas de autocontenção⁶⁵⁰ do volume de causas nunca alcançaram plenamente os objetivos pretendidos⁶⁵¹, nem tanto pelos fatores *intrínsecos* aos mecanismos criados, mas notadamente por força dos fatores *exógenos*, com particular destaque para o exponencial despontar da litigiosidade⁶⁵², responsável pelo inchaço no direcionamento de processos para as

⁶⁵⁰ Com efeito, “a doutrina enumera variados ‘fatores de impedimento’ ou ‘técnicas processuais de autocontenção’, que passaram a ser desenvolvidos e utilizados pela jurisprudência do STF e do STJ, com a finalidade de dificultar o acesso dos recorrentes a esses Tribunais, contendo a expressiva quantidade de recursos excepcionais por meio do estabelecimento de regime jurídico de admissibilidade altamente complexo. Dentre esses fatores condicionantes da apreciação dos apelos extremos, podem ser citados: (i) a exigência rigorosa do prequestionamento da questão de direito debatida nas instâncias inferiores, devendo o recorrente, caso a decisão recorrida não a tenha tratado explicitamente, opor embargos de declaração com fins ‘prequestionadores’ (Súmulas 282 e 356 do STF e Súmulas 98 e 211 do STJ); (ii) a exigência de juntada de cópia de inúmeras peças do processo de origem (nem sempre essenciais para o deslinde do tema) para admissibilidade do agravo de instrumento contra decisão denegatória da admissibilidade dos recursos extremos (Súmula 288 do STF e Súmula 223 do STJ); (iii) a inadmissibilidade de recurso extremo interposto contra acórdão ainda não publicado no *Diário Oficial*, por intempestividade (embora o inteiro teor da decisão já se encontre disponível na página do Tribunal na Internet); e (iv) a exigência de que a decisão recorrida contenha uma ofensa *direta e frontal* à Constituição Federal para admissão do apelo extremo (Súmula 636 do STF). O excessivo rigor dispensado pelos Tribunais Superiores na apreciação desses elementos mereceu diversas críticas da doutrina, uma vez que, no afã de se reduzir a quantidade de recursos que lhe são encaminhados diariamente, esses Tribunais passaram a conferir destaque muito maior aos aspectos formais do que ao próprio conteúdo do apelo a eles dirigido pelo recorrente” (COELHO, Gláucia Mara. **Repercussão geral: da questão constitucional no processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 65-66).

⁶⁵¹ “O fato é que mesmo com a jurisprudência defensiva, e sua posterior evolução, não se logrou a pretendida redução, a níveis de razoável operacionalidade decisória (celeridade), dos recursos interpostos ao Supremo Tribunal Federal. Talvez em razão da proliferação dos recursos internos (agravos regimentais, embargos de declaração, etc.), bem como pelos efeitos *intra processum* (nos autos do recurso) e *inter partes* (subjetivos) das decisões denegatórias de seguimento dos recursos, o que não gerava efeitos sistêmicos e abrangentes, pois eram produzidos caso a caso” (VIANA, Ulisses Schwarz. Ob. Cit., p. 04).

⁶⁵² “Nos últimos 25 anos, o Brasil passou por um verdadeiro turbilhão de transformações sociais, culturais, políticas e econômicas. O país deixou para trás um longo período de ditadura militar para adquirir as feições de uma democracia, cada vez mais arraigada. A economia foi aberta às importações e ao investimento estrangeiro e inúmeras empresas estatais passaram por um profundo processo de privatização. Verificou-se um significativo crescimento demográfico, com um considerável avanço da complexidade das relações estabelecidas entre os indivíduos. A sociedade passou por um intenso processo de ‘massificação’, exigindo a defesa dos direitos das minorias e dos interesses difusos e coletivos. Como não poderia deixar de ser, essas transformações impactaram extraordinariamente nas estruturas e na realidade vivenciada pelo Poder Judiciário. Era necessário fazer frente a esse novo cenário democrático, de exigência de maior participação da sociedade nas instituições, de maior abertura econômica e de aumento da complexidade das relações sociais. Em uma sociedade massificada e muito mais complexa, a grande gama de relações existentes propicia e estimula um número cada vez maior de conflitos, de natureza vária, que implicam um aumento quantitativo e qualitativo das demandas, já que todos os conflitos, mais cedo ou mais tarde, acabam desembocando no Poder Judiciário” (COELHO, Gláucia Mara. Ob. Cit., p. 59-60).

instâncias superiores⁶⁵³. Por isso, não há exagero em sustentar que a continuidade dos reclamos dos jurisdicionados e da doutrina especializada resultou na edição da EC n.º 45/2004.

Desse modo, no modelo atual vigente, a repercussão geral das questões constitucionais assume a condição de *requisito de admissibilidade específico* do recurso extraordinário⁶⁵⁴, somando-se aos demais já conhecidos. E, nesse particular, difere do caráter de *incidente processual* inerente à extinta *arguição de relevância da questão federal*⁶⁵⁵.

Cabe registrar que a observância da *repercussão geral* não é despropositada em matéria de admissibilidade do recurso extraordinário. Aliás, os compêndios de jurisprudência permitem antever que, antes do advento da EC n.º 45/2004, algumas situações concretas levadas à apreciação da Corte Suprema, na via do controle difuso, assumiam contornos folclóricos e pitorescos⁶⁵⁶. Afinal, na esteira da

⁶⁵³ “Verifica-se, assim, que a crise dos Tribunais Superiores, nos dias atuais, é ‘multifatorial’. Nesse sentido, a existência de uma elevada quantidade de recursos excepcionais pode ser atribuída: (i) ao grande número de dispositivos e garantias fundamentais traçadas na Constituição de 1988; (ii) à enorme abrangência de matérias que, embora não sejam tipicamente constitucionais, também são disciplinadas pela Constituição; (iii) ao fim da arguição de relevância e dos óbices regimentais, antigos elementos de contenção à admissibilidade dos apelos extremos; (iv) ao alargamento das hipóteses para o cabimento dos recursos excepcionais e para o acesso ao próprio Poder Judiciário; (v) à existência de um grande número de processos repetitivos levados a julgamento pelos Tribunais Superiores; e, finalmente, (vi) à possibilidade de se levar a essas Cortes as mais diversas matérias, ainda que o interesse no seu deslinde seja exclusivo das partes envolvidas nessas demandas” (COELHO, Gláucia Mara. Ob. Cit., p. 63).

⁶⁵⁴ “Chama-se juízo (julgamento) de admissibilidade a decisão tácita ou explícita, que reconhece a existência dos pressupostos de julgamento do mérito do recurso. O § 3º do art. 102 criou mais um pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário: a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, cabendo à lei estruturar o modo de demonstração desse requisito”. (BERMUDES, Sérgio. **A reforma judiciária pela Emenda Constitucional n.º 45: observações aos artigos da Constituição Federal alterados pela Emenda Constitucional n.º 45, de 08 de dezembro de 2004**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 56-57).

⁶⁵⁵ Com efeito, Antonio Carlos Marcondes MACHADO, discorrendo sobre a arguição de relevância da questão federal, afirmava que: “Em verdade, a arguição de relevância é um incidente preliminar ao juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, instaurando como que um juízo de pré-admissibilidade, destinado única e exclusivamente a apreciar a relevância ou não da questão federal, suscitada no âmbito do recurso extraordinário. Ultrapassada esta pré-admissibilidade, com o julgamento positivo da relevância, é que o recurso extraordinário passará a ser examinado quanto à sua admissibilidade, antes do julgamento do seu mérito como, de resto, sucede com todos os recursos” (MACHADO, Antonio Carlos Marcondes. *Arguição de relevância: a competência para o seu exame. O ulterior conhecimento do recurso extraordinário*. In **Revista de Processo**. Revista dos Tribunais, n.º 42, a. XI, abr./jun. 1986. p. 66).

⁶⁵⁶ Registre-se, nesse aspecto, a lembrança de Luiz Manoel GOMES JUNIOR: “Quem não se recorda de reportagem televisiva onde o Supremo Tribunal Federal, em sede de Recurso Extraordinário, foi obrigado a decidir a questão referente à propriedade de um bode?”. (GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **A arguição de relevância: a repercussão geral das questões constitucional e federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 28-29).

advertência feita por Ovídio A. Baptista da SILVA, com alguma habilidade profissional, levava-se “ao Supremo Tribunal Federal qualquer litígio, desde aqueles conflitos entre vizinhos que litigam sobre a posse de um gato ou um cachorro, até aqueles em que se pretenda indenização pela morte de um animal de estimação”⁶⁵⁷. Por certo, tais situações concretas não se coadunam com a excepcionalidade da jurisdição constitucional⁶⁵⁸. Logo, é de se aceitar que a ideia de um filtro *qualitativo* para o acesso aos Tribunais Superiores – ou, ao menos, para o tribunal constitucional –, está amparada no fato de que existem causas significativamente mais importantes para o conjunto orgânico da sociedade brasileira⁶⁵⁹. Vale dizer: “*não é porque toda matéria constante da Constituição seja relevante que toda causa relacionada a ela também o será*”⁶⁶⁰.

Sendo assim, a exigibilidade da repercussão geral das questões constitucionais insere-se no contexto daquilo que Rodolfo de Camargo MANCUSO denomina *funcionarização do Judiciário*:

É o que se poderia chamar de *funcionarização do Judiciário*, problema para o qual a comunidade jurídica brasileira precisa estar alerta, para detectar – enquanto é tempo – suas verdadeiras causas e oferecer alternativas para melhorar e agilizar a prestação jurisdicional. Descartado o alvitre de aumentar o número de ministros ou criar novos Tribunais (onera o erário e superdimensiona o Judiciário), o bom senso parece sinalizar no sentido da adoção de medidas, que possibilitem uma triagem razoável no afluxo de recursos excepcionais, dirigidos aos Tribunais da Federação, para o que muito pode contribuir o direito sumular, no âmbito do juízo de admissibilidade (cf. Lei 9.756/98), a par do incremento da jurisdição coletiva e da ampliação do efeito vinculante⁶⁶¹.

⁶⁵⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 263.

⁶⁵⁸ “Essa restritividade na admissibilidade pela Corte, dos processos que lhe são enviados ampara-se no reconhecimento *unânime* de que a Corte não pode e não deve dedicar-se a assuntos considerados menores, na escala nacional. Admite-se que a jurisdição constitucional da Corte deve representar uma instância excepcional. A crítica doutrinária, quando existente, dirige-se ao grau de discricionariedade que foi assumido pela Corte nessa tarefa de rejeitar ‘causas menores’” (TAVARES, André Ramos. A repercussão geral no recurso extraordinário. p. 213).

⁶⁵⁹ “Se existem causas que atingem um ‘vasto número de pessoas’, é *perfeitamente admissível* que se cogite que um determinado recurso só possa ser utilizado quando ocorra tal hipótese – a hipótese de que a causa seja desse tipo” (BRAGHITTONI, R. Ives. Ob. Cit., p. 46).

⁶⁶⁰ BRAGHITTONI, R. Ives. Ob. Cit., p. 77.

⁶⁶¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Divergência jurisprudencial e súmula vinculante, p. 239.

Dentro dessa perspectiva, não podem impressionar os argumentos refratários à constitucionalidade do novel instituto (CF/88, art. 102, § 3º). Afinal, a possibilidade de manifestar a última palavra na interpretação das questões constitucionais permanece incólume. Tampouco se pode dizer que a alteração imposta pela EC n.º 45/2004 esbarra no rol das cláusulas pétreas (CF/88, art. 60, § 4º). Observe-se que o direito fundamental assegurado pela Constituição - de *amplo acesso ao Judiciário* (CF/88, art. 5º, XXXV) - não induz a correlata expectativa de amplo acesso à instância extraordinária (STF)⁶⁶². Aliás, a defesa categórica deste tipo de raciocínio (expectativa de acesso à Corte Suprema), por si só, conduz à inconstitucionalidade de inúmeras outras regras e barreiras processuais que, historicamente, acompanham o recurso extraordinário (prequestionamento, exigência de ofensa direta e frontal ao texto constitucional para autorizar o cabimento do mesmo etc.).

Em última análise, a adoção do mecanismo de filtragem é compassada com a ideia de *acesso adequado*⁶⁶³ e consentâneo com a *transcendência* do tema constitucional discutido.

3.1.3. A experiência similar de outros países.

Conforme ressaltado acima, o mecanismo de filtragem⁶⁶⁴ veiculado pela EC n.º 45/2004 encontra ecos em experiências similares observadas no direito comparado⁶⁶⁵.

⁶⁶² "Neste ponto, é preciso reafirmar que acesso 'ilimitado' ao Judiciário não pode ser confundido com acesso 'ilimitado' ao STF enquanto Justiça Constitucional *concentrada* ou *final*. A ideia de acesso à Justiça Constitucional deve ser compreendida e proporcionada exclusivamente pelo modelo de controle difuso-concreto (cf. TAVARES, 2005^a:409), não por uma ilimitada *actio popularis* direta ao STF. A capacidade operativa de um Tribunal Constitucional ou de uma Corte Suprema que desempenhe a função desse Tribunal em dado ordenamento (como o STF) deve partir da adoção da tese de 'jurisdição constitucional como bem escasso' (WAHL, WIELAND, 1997: 12-35)" (TAVARES, André Ramos. Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à lei 11.417, de 19.12.2006, p. 86).

⁶⁶³ "A adoção do mecanismo de controle, pois, prioriza a ideia de *acesso adequado* ao STF – e não a do acesso quase universal e ilimitado. Funciona como instrumento de aperfeiçoamento da jurisdição constitucional e contribui para o necessário desenvolvimento da ordem jurídica, que só é possível pela jurisprudência dos tribunais superiores, cujas decisões são dotadas de uma especial autoridade 'natural'" (AZEM, Guilherme Beux Nassif. Ob. Cit., p. 31).

⁶⁶⁴ "Pode-se falar em 'filtro' na medida em que se tem um sistema de avaliação de admissibilidade de recursos. E pode-se falar em 'filtro qualitativo' porque, ao contrário dos outros filtros (que, como dito, à falta de outra denominação mais própria, foram alcunhados de tradicionais), envolve um juízo valorativo de importância, de repercussão, de relevo – ou seja, muito diferente da análise comum de qualquer requisito tradicional de admissibilidade" (BRAGHITTONI, R. Ives. Ob. Cit., p. 01/02).

a) O modelo americano.

Nos Estados Unidos da América, o julgamento do *writ of certiorari* está amparado na *discrecionalidade* da Corte⁶⁶⁶, de sorte que a triagem daqueles recursos a serem selecionados para julgamento é feito por um amplo quadro de assessores, a quem incumbe realizar o relatório das matérias (*single memo*)⁶⁶⁷. Assim, a Corte Suprema dispõe de “faculdade discricionária (*discretionary power*) para examinar quais casos, de suficiente relevo e interesse público, merecerão sua atenção, por meio do procedimento do *writ of certiorari*”⁶⁶⁸. Com efeito, a Rule 10 da Suprema Corte norte-americana é absolutamente enfática para realçar que não há um *dever* de enfrentamento do caso suscitado por meio do *certiorari*: “Rule 10. *Considerations Governing Review on Certiorari. Review on a writ of certiorari is not a*

⁶⁶⁵ Com efeito, CLEIDE KAZMIERSKI faz menção às categorias similares oriundas do direito alemão e do direito argentino: “Ultrapassadas estas preocupações que levam a uma reserva quanto à efetividade da exigência da repercussão geral para a superação da denominada crise do Supremo e para a agilização da prestação da tutela jurisdicional, é preciso reconhecer que a Constituição caminhou no mesmo sentido de outros países que também exigem uma *significação fundamental* ou *transcendência* da questão constitucional” (KAZMIERSKI, Cleide. Emenda constitucional 45/04 (CF, art. 102, § 3º) – a “repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso” como *novo* pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário. In *A reforma do poder judiciário*. Coordenação Fábio Cardoso Machado e Rafael Bicca Machado, São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 101).

⁶⁶⁶ “Entenda-se: não existe, no caso, propriamente um ‘recurso’ como o conhecemos. **Ao contrário, a escolha de qual caso será julgado é tão escancaradamente discricionária que o que se faz é uma petição, na qual se pleiteia que a corte faça a carta requisitória, ‘chamando’ os autos do caso para si!** Assim, pode-se dizer que ‘petição certiorari é um requerimento encaminhado à Corte, expondo as razões pelas quais os juízes deveriam aceitar julgar um caso em particular” (BRAGHITTONI, R. Ives. Ob. Cit., p. 32).

⁶⁶⁷ “A principal via de provocação da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, atualmente, avulta no *writ of certiorari*. Tal remédio conviveu, durante largo período, com o *writ of appeal*, nova designação do *writ of error* decorrente do *Judiciary Act* de 1925. O Supreme Court Selections Act, de 1988, na prática eliminou o *appeal* como meio de revisão de provimentos interlocutórios e injunções em procedimentos específicos. Em princípio, o conhecimento do *writ of appeal*, quando cabível, mostrava-se obrigatório para a Suprema Corte. Já o conhecimento do *writ of certiorari*, consoante a célebre Rule 19 (hoje Rule 17), ‘is of a matter of right, but of sound judicial discretion, and will be granted only where there are special and important reasons therefor’. Em outras palavras, o recorrente (chamado de *plaintiff* ou de *petitioner*) não tem o direito de apelar à Suprema Corte, ‘but, he or she does have the *privilege* of petitioning the highest bench in the land to grant a writ of certiorari’. O reconhecimento da transcendência da questão federal depende do voto de no mínimo quatro ministros (a Suprema Corte tem nove integrantes) deferindo a *petition* e, assim, o caso chegará a julgamento plenário. O mecanismo permite ao tribunal selecionar os casos de grande significação para a nação e, ao mesmo tempo, limita o número de processos julgados pelo tribunal em cada ano judiciário. Logrou substancial sucesso e persuadiu os mais exigentes da excelência do mecanismo” (ASSIS, Araken de. Ob. Cit., p. 710).

⁶⁶⁸ AZEM, Guilherme Beux Nassif. Ob. Cit., p. 41-42.

*matter of right, but of judicial discretion. A petition for a writ of certiorari will be granted only for compelling reasons. The following, although neither controlling nor fully measuring the Court's discretion, indicate the character of the reasons the Court considers: (...)*⁶⁶⁹. Ou seja, “o acesso à jurisdição da Suprema Corte só se dá por compelling reasons (razões de extrema necessidade) e, ainda, tal acesso não é tratado como um direito subjetivo da parte”⁶⁷⁰.

Dessa forma, ao invocar o exame da matéria por meio do *certiorari*, compete aos litigantes explicitar as razões pelas quais pretendem o julgamento e enfrentamento da matéria. O acolhimento dar-se-á pelo voto de quatro juizes da Corte e, nada obstante a admissibilidade inicial, a Corte, por maioria, pode concluir pela retirada da matéria da “pauta” de julgamento⁶⁷¹.

b) O sistema argentino.

O sistema recursal argentino, à semelhança do brasileiro, “consagra um meio de impugnação de decisões judiciais denominado *recurso extraordinário*. Ambos têm origem comum: o Judiciary Act de 1789, dos Estados Unidos, que estabeleceu o *writ of error*”⁶⁷².

Contudo, por construção jurisprudencial, a Corte da Nação passou a desenvolver mecanismo de aceitação do recurso extraordinário, quando presentes determinados condicionantes que suplantem o mero interesse das partes. Ou seja, eventuais sentenças *arbitrárias*, comprometedoras do bom funcionamento das instituições, passaram a despertar “gravedad institucional” (ou *interesse institucional*). Em última análise, o exame de certos temas jurídicos passou a ser cotejado com as hipóteses de *transcendência* do interesse individual⁶⁷³.

⁶⁶⁹ “Artigo 10. Considerações sobre a revisão do Certiorari. A Revisão em um mandado de certiorari não é uma questão de direito, mas de apreciação judicial. Uma petição por um writ of certiorari só será concedido por razões imperiosas. A seguir, embora nem se controle e nem haja uma total mediação do poder discricionário do Tribunal de Justiça, pode-se indicar a natureza das razões que o Tribunal considera: (...)”.

⁶⁷⁰ VIANA, Ulisses Schwarz. Ob. Cit., p. 36.

⁶⁷¹ Vide, neste sentido: TRIBE, Laurence T. **American constitutional law**. 3ª ed., New York: Foundation Press, 2000. p. 268.

⁶⁷² AZEM, Guilherme Beux Nassif. Ob. Cit., p. 44.

⁶⁷³ “Debe haber también un límite, el cual consiste en el presupuesto de la cuestión constitucional; sólo que bajo esta doctrina queda deferido a un juicio más subjetivo y menos formal de la propia

Assim, no tocante à admissibilidade do recurso extraordinário, oportuno observar a regra do art. 280 do CPC argentino (Lei n.º 23.744, de 05.04.1990⁶⁷⁴). Por força desta regra “o interesse único das partes não basta para a abertura da via extraordinária. Exige-se a projeção econômica, social ou política, ou seja, afigura-se fundamental que, da apreciação do caso, projetem-se reflexos que repercutam além dos estritos limites do feito”⁶⁷⁵. Em suma: “também na Argentina, o que existe é um sistema de **filtro qualitativo**, em que o Supremo Tribunal **escolhe**, com decisões não motivadas e explicitamente discricionárias, as causas que quer julgar”⁶⁷⁶.

Atualmente, o instituto convive com o mecanismo hábil para a *avocação* de processo de grande repercussão nacional, para julgamento originário na Corte Suprema da Nação (*per saltum*)⁶⁷⁷. Por meio da aplicação deste instrumento (*per saltum*), pode a Corte Suprema “sem que o pleito lhe seja levado pela via impugnativa, ocupar-se de questão que ofereça transcendência institucional, com fundamento de que ela se encontra facultada para adotar, em casos muitos especiais, medidas para salvaguardar o correto exercício da função jurisdicional”⁶⁷⁸.

c) O padrão alemão.

Na Alemanha, a organização judiciária está escalonada em três graus de jurisdição, de modo que os Tribunais Federais encontram-se no ápice desta

Corte, que resolverá si el asunto, que trasciende el interés individual para afectar el de la colectividad, tiene suficiente repercusión constitucional como para abrir la instancia extraordinaria y emitir pronunciamiento sobre el derecho común, cuya interpretación tiene alcance o esse efecto”. (DE LA RÚA, Fernando. **Teoría general del proceso**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1991. p. 179).

⁶⁷⁴ “Art. 280. La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de transcendencia”.

⁶⁷⁵ AZEM, Guilherme Beux Nassif. Ob. Cit., p. 46.

⁶⁷⁶ BRAGHITTONI, R. Ives. Ob. Cit., p. 37.

⁶⁷⁷ “A Corte Suprema argentina desenvolvera, anteriormente, a cláusula da gravidade institucional (ou do interesse institucional) para abrir a via extraordinária em casos nos quais, em regra, o recurso não se revelasse admissível – por exemplo, o recurso interposto por alguém sem legitimação. O *certiorari* argentino decorreu de criação jurisprudencial, mas perdeu a última característica. E convive, atualmente, com instituto da mesma origem e conhecido como *per saltum*, e que consiste na *avocação* de processo de grande repercussão nacional para julgamento originário da Corte Suprema”. (ASSIS, Araken de. Ob. Cit., p. 711)

⁶⁷⁸ AZEM, Guilherme Beux Nassif. Ob. Cit., p. 47.

hierarquia. Assim, o mecanismo hábil para condução de discussões envolvendo matéria jurídica à esfera daqueles Tribunais é o recurso de *revisão*.

Ocorre que a aceitação do recurso de revista (*revisão*) está subordinada à comprovação de que a matéria versada esteja imbuída de “significação fundamental” (*grundsätzliche Bedeutung*)⁶⁷⁹. A *importância fundamental da causa* é regulada pela ZPO, em seu § 543, item “2”⁶⁸⁰.

3.1.4. A regulação do instituto por meio da Lei n.º 11.418/2006.

A Lei n.º 11.418/2006, por sua vez, ao veicular o texto do art. 543-A do CPC, conferiu certos balizamentos à guisa de evidenciar a caracterização da repercussão geral, para fins de cabimento do recurso extraordinário. Com efeito, o § 1º do art. 543-A estabelece que “para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”⁶⁸¹. Perceba-se que, apesar de “singela” na acepção “jurídica”, determinada questão constitucional

⁶⁷⁹ “É similar o filtro hoje vigente no direito alemão para o recorrente alcançar, através do recurso de revista (ou revisão), o *Bundesgerichtshof* (BGH) sediado em Karlsruhe, ou terceiro grau da jurisdição civil, equiparável ao STJ. Após a reforma de 2002, a admissibilidade da *Zulassungsrevision* assenta na proclamação, pelo tribunal *a quo*, da importância fundamental da causa ou *grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache*. A cláusula se inspirou no direito norte-americano. O critério básico assenta na circunstância de que a revista não se destina a tutelar o interesse das partes de modo imediato, mas, diretamente, a unidade e a evolução do direito; por conseguinte, o litígio há de transcender o interesse privado. Para aferir a repercussão geral, nas questões de direito, empregam-se indicadores positivos (v.g, a divergência entre tribunais) e negativos (v.g, a norma controvertida é de vida efêmera)” (ASSIS, Araken de. Ob. Cit., p. 711).

⁶⁸⁰ “Especificamente no âmbito do processo civil, regulado pela ZPO, o § 543, item 2, primeira oração, estabelece os seguintes requisitos de admissão obrigatória da revisão para o tribunal de alçada que o deva conhecer: a) que a questão jurídica tenha um significado fundamental; ou b) que favoreça ao aperfeiçoamento do direito ou assegure a unificação da jurisprudência, que justifique uma resolução a ser tomada mediante esse recurso pelo tribunal revisor (BGH)” (AZEM, Guilherme Beux Nassif. Ob. Cit., p. 48).

⁶⁸¹ “Haverá relevância política, dentre outras hipóteses, quando presente discussão envolvendo a forma federativa de Estado, a repartição de competências, a organização do Estado, os direitos políticos e os partidos políticos. A adequação constitucional de políticas públicas, igualmente, poderá se enquadrar no conceito. A relevância social estará presente quando a discussão envolver direitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos. A garantia do pluralismo, com a proteção das minorias, é passível de enquadramento no ponto. Há que se considerar, igualmente, a relevância intrínseca da questão perante a sociedade como um todo. Os direitos garantidos no art. 6º da CF/88 são, também, indicativos de relevância social, assim como outros direitos sociais previstos ou disciplinados fora desse catálogo, tais como saúde, previdência e educação” (AZEM, Guilherme Beux Nassif. Ob. Cit., p. 68).

pode estar carregada de forte apelo social ou econômico, estando plasmada em inúmeros conflitos semelhantes.

Por outro lado, apesar do número reduzido de casos, outras tantas questões inéditas podem trazer em seu bojo forte repercussão, com perspectiva de irradiar efeitos para uma multiplicidade de casos semelhantes⁶⁸². Dito de outra forma, o fato de a matéria constitucional repetir-se em inúmeros casos poderá ser tomado como indicativo da ocorrência de repercussão geral⁶⁸³. Ademais, algumas discussões jurídicas, apesar de incipientes na jurisprudência nacional, podem estar imbuídas de relevância suficiente a despertar o exame destas na esfera do Supremo Tribunal Federal, de modo que, para estas hipóteses a repercussão geral poderá ser aquilatada por outros critérios. Da mesma forma, a adstrição da questão constitucional a uma certa área geográfica ou territorial não afasta o reconhecimento de sua *relevância* e, por conseguinte, da repercussão geral subjacente para fins de admissão do recurso extraordinário. Não se pode confundir, entretanto, *transcendência* da questão constitucional com eventual interesse público subjacente à causa⁶⁸⁴.

⁶⁸² Vide, neste sentido: TALAMINI, Eduardo. Repercussão geral em recurso extraordinário: nota sobre sua regulamentação. In **Revista Dialética de Direito Processual Civil**, São Paulo, vol. 54, set. 2007. p. 58.

⁶⁸³ "Assim, ainda que não seja previsto o cabimento do recurso extraordinário pela divergência, assentar-se-á o remédio na alínea a do art. 102, III, da CF/88, servindo a demonstração de entendimentos distintos, tão-somente, para caracterizar a presença da repercussão geral" (AZEM, Guilherme Beux Nassif. Ob. Cit., p. 69).

⁶⁸⁴ Há quem sustente que o interesse público, na acepção do *interesse fazendário*, presente nas questões que compõem o universo da **advocacia pública**, é suficiente para comprovação da repercussão geral: "Assim, não seria despropositado afirmar que os interesses defendidos pela advocacia pública têm o pressuposto, a presunção de que preenche os requisitos do que seja 'repercussão geral', se levarmos em consideração o ordenamento jurídico brasileiro, que aponta para uma advocacia de temas que (i) afeta um grande número de pessoas (coletividade); (ii) trata de assuntos significativos — princípios da administração pública (moralidade, eficiência, publicidade...), questões de ordem econômica, ambiental, urbanística, orçamentária, tributária, federativa, etc; (iii) e a advocacia de causa com significado geral, que transcende os interesses egoísticos, eis que representa, em última análise, a advocacia do interesse público. A regra geral a ser adotada pelo STF é, portanto, a de que as causas defendidas pela advocacia pública, que em sua essência tem a defesa do interesse público, são relevantes para a sociedade e, por esse motivo, presumem-se preenchidos os critérios de 'repercussão geral' para a admissibilidade do recurso extraordinário. A rigor, seria até mesmo dispensável a comprovação de 'repercussão geral', eis que seria o interesse público o pressuposto de cada recurso extraordinário interposto na advocacia pública" (BRAWERMAN, André. Recurso extraordinário, repercussão geral e a advocacia pública. In **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**. São Paulo, n.º 10, p. 143-160, jul./dez. 2007. p. 153).

Além disso, o legislador ordinário estabeleceu ainda certas hipóteses de *relevância presumida* no tocante a determinadas questões constitucionais. Com efeito, o § 3º do art. 543-A do CPC dispõe que “haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal”. A hipótese de relevância *presumida* no caso de desavença com o posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal revela-se como indicativo abonador da exigência de observância do efeito vinculante sugerido neste trabalho⁶⁸⁵. Nesses casos, a demonstração da repercussão geral – esboçada em preliminar da peça recursal – confunde-se, em parte, com os argumentos de mérito, que venham a justificar o provimento do recurso, pois trata-se de demonstrar a ocorrência de decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do tribunal. Aceite-se, contudo, que a eventual sobreposição do exame da repercussão geral e da discussão concernente ao mérito do recurso não escapa à aquilatação deste requisito de admissibilidade qualificado, na forma traçada pelos dispositivos regimentais do Supremo Tribunal Federal.

Pode-se concluir, assim, que a repercussão das questões constitucionais ocorre nos casos em que o tema transcenda o *interesse das partes*, assumindo foros

⁶⁸⁵ “A não observância das decisões do Supremo Tribunal Federal obviamente debilita a força normativa da Constituição, o que já indica, desde logo, a relevância e a transcendência da questão levantada no recurso extraordinário interposto reclamando a adequação da decisão ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Importa que a Constituição seja concretizada; a todos interessa essa fiel observação” (MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Repercussão geral no recurso extraordinário, p. 39).

de destaque em função do entendimento preconizado pelo Tribunal local em relação à matéria constitucional, com forte impacto e projeção social⁶⁸⁶.

O tema é sensível, sendo que, além dos parâmetros legais, a jurisprudência do STF parece inclinar-se, atualmente, por critérios indicativos a respeito da configuração da repercussão geral das questões constitucionais, com a adoção de *indicadores negativos e indicadores positivos*, conforme sugestão de Arruda ALVIM⁶⁸⁷. A seletividade, nesse aspecto, poderá redundar em elogiável *critério pedagógico* no manuseio dos recursos cíveis⁶⁸⁸.

Há que se aceitar, de qualquer sorte, que o Supremo Tribunal Federal não está atrelado às razões apresentadas pelo recorrente, para fins de reconhecimento da repercussão geral⁶⁸⁹. Com efeito, é possível estabelecer uma analogia com a ausência de vinculatividade à causa de pedir exibida na instauração do controle concentrado.

⁶⁸⁶ "A transcendência da controvérsia constitucional levada ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal pode ser caracterizada tanto em uma perspectiva qualitativa como quantitativa. Na primeira, sobleva para individualização da transcendência o importe da questão debatida para a sistematização e desenvolvimento do direito; na segunda, o número de pessoas susceptíveis de alcance, atual ou futuro, pela decisão daquela questão pelo Supremo e, bem assim, a natureza do direito posto em causa (notadamente, coletivo ou difuso). Observe-se que eventuais questões envolvendo a reta observância ou a frontal violação de direitos fundamentais, materiais ou processuais, tendo em conta a dimensão objetiva que só reconhecer-lhes, apresentam a princípio transcendência. Constituindo os direitos fundamentais, objetivamente considerados, uma tábua mínima de valores de determinada sociedade em dado contexto histórico, cujo respeito interessa a todos, natural que se reconheça, num primeiro momento, a transcendência de questões envolvendo, por exemplo, afirmações concernentes a violações ou ameaças de violações das limitações ao poder constitucional de tributar, ou aos direitos fundamentais inerentes ao processo justo, ao nosso devido processo legal processual. São exemplos de transcendência qualitativa: demandas envolvendo a 'tutela coletiva dos direitos' e a 'tutela de direitos coletivos', tanto em seus aspectos materiais como processuais, também contam desde logo, em tese, com a nota da transcendência, aquilatada pela perspectiva quantitativa" (MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Repercussão geral no recurso extraordinário, p. 37).

⁶⁸⁷ Arruda ALVIM, analisando a experiência estrangeira, afirma que no direito alemão, a doutrina e jurisprudência fixaram critérios indicativos da configuração de uma questão com significação fundamental, trabalhando com indicadores negativos e positivos. (ALVIM, Arruda. Ob. cit., p. 42)

⁶⁸⁸ "Mesmo assim, a faculdade, que se deve reconhecer aos tribunais supremos, de selecionar, discricionariamente, os recursos que irão merecer seu julgamento é a providência inicial, pedagógica, para a retomada do caminho, que nos poderá conduzir ao processo de revisão de nosso perverso sistema recursal" (SILVA, Ovídio A. Baptista da. Ob. Cit., p. 302).

⁶⁸⁹ "Da mesma forma, não há vinculação à qualificação jurídica dada pelo recorrente. Assim, por exemplo, nada impede que, afirmada a presença de reflexos de natureza social, conclua-se pela relevância da questão, mas sob o ponto de vista jurídico. O STF é livre para dar a adequada qualificação jurídica à questão versada" (AZEM, Guilherme Beux Nassif. Ob. Cit., p. 87).

É preciso pensar, portanto, na perspectiva *catalisadora*, a partir do impacto de que se revestem as decisões do STF no Judiciário brasileiro⁶⁹⁰. Ou seja, não se pode perder de vista que o art. 102, § 3º, da Constituição Federal, está adstrito ao controle de constitucionalidade na via *difusa*, aspecto indiscutível em que se coloca em evidência meridiana a necessidade de proteção do Estado Democrático de Direito, com particular atenção aos direitos fundamentais e garantias individuais e coletivas⁶⁹¹. Afinal, de acordo com a ressalva feita por Guilherme Beux Nassif AZEM, além de atuarem como instrumentos de proteção das liberdades individuais, os direitos fundamentais são elementos da ordem jurídica objetiva, integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico. Assim, “frustrar a proteção de um significa, em última análise, enfraquecer a proteção conferida a todos. Os direitos e garantias fundamentais possuem, portanto, relevância e transcendência imanentes, dada a sua dimensão objetiva”⁶⁹². Não se pode esquecer, reiterando o que foi dito antes, que o sistema processual pátrio não contempla o emprego da arguição de descumprimento de preceito fundamental em proveito dos cidadãos, razão pela qual o recurso extraordinário subsiste como meio por excelência para a proteção dos direitos fundamentais na seara do controle difuso.

3.1.5. O exame de admissibilidade da repercussão geral das questões constitucionais.

Conforme destacado acima, o art. 102, § 3º, da Constituição Federal, estabelece que o STF poderá recusar a admissão do recurso extraordinário, com

⁶⁹⁰ “Órgãos de cúpula não podem ser terceira ou quarta instâncias. A sua função é estabelecer ou restabelecer uma organização na aplicação do direito no plano constitucional e infraconstitucional, sendo órgãos catalisadores das questões de importância e de repercussão que para tanto precisam ser *cuidadosamente analisadas, havendo uma exaustiva reflexão sobre a decisão a ser tomada*”. (FERREIRA, Willian Santos. Sistema recursal brasileiro: de onde viemos, onde estamos e para onde [talvez] iremos. In **Linhas mestras do processo civil**. COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro; RIBEIRO, José Horácio Halfed Rezende; DINAMARCO, Pedro da Silva (Orgs.). São Paulo: Atlas, 2004. p. 747).

⁶⁹¹ “As alegações de violação a direitos e garantias fundamentais devem receber um tratamento cuidadoso do Pretório Excelso na verificação da repercussão geral. (...) Jamais pode ser tolerado que, em nome do bom andamento da máquina processual, sejam desconsideradas sérias violações diretas a direitos e garantias fundamentais, impedindo-se o acesso ao STF” (AZEM, Guilherme Beux Nassif. Ob. Cit., p. 76).

⁶⁹² AZEM, Guilherme Beux Nassif. Ob. Cit., p. 77.

apego na ausência de *repercussão geral* das questões constitucionais, “pela manifestação de dois terços de seus membros”⁶⁹³. Considerando que o STF é composto por *órgãos fracionários*, com incumbência para processar e julgar o recurso extraordinário, o § 4º do art. 543-A do CPC (Lei n.º 11.418/2006) estabelece que “se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, quatro votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário”. Trata-se, assim, de regra de inversão do quórum assinalado constitucionalmente. A manifestação favorável de quatro dos ministros integrantes da Corte permite dispensar a deliberação da matéria constitucional no plenário, permitindo prosseguir com o julgamento e com o enfrentamento do *mérito* do recurso extraordinário. Não fosse pela regra de inversão de quórum, poder-se-ia concluir que a submissão da repercussão geral e a oposição exigível de dois terços dos membros da Corte, contemplada no dispositivo constitucional (CF, art. 102, § 3º), tornaria contraproducente o propósito de desafogar a movimentação e os trâmites processuais no âmbito do Supremo Tribunal Federal⁶⁹⁴.

Não se olvida que o exame da matéria deve ser contextualizado ainda com o regime de admissibilidade dos recursos extraordinários, preservando a competência constitucionalmente assinalada ao STF. Assim, em matéria de juízo de

⁶⁹³ Interessante ressaltar que, antes do advento da Lei n.º 11.418/2006, Elaine Harzheim MACEDO fez por interpretar de forma peculiar a questão do quorum de apreciação da repercussão geral: “E nesta atividade, de profícuo caráter construtivo, do qual o julgador constitucional não se priva, a definição caberá, por derradeiro, ao colegiado, na forma prevista pelo preceito normativo, isto é, admitido o recurso pela unanimidade ou pela maioria simples (3x2), estará sendo dito que a causa submetida ao exame da (in)constitucionalidade é de repercussão geral, ou, inadmitido o recurso pela maioria de dois terços (4x1) terá sido afirmada a ausência da repercussão geral da questão debatida” (MACEDO, Elaine Harzheim. Os tribunais superiores e os novos óbices recursais. In **A reforma do poder judiciário**. Coordenação Fábio Cardoso Machado e Rafael Bicca Machado, São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 167).

⁶⁹⁴ “Atento a esta situação, o legislador constituinte criou o instituto da repercussão geral do recurso extraordinário, que permite ao Supremo Tribunal Federal rejeitar a apreciação deste pedido quando, por dois terços de seus membros, entender que este não reflete um assunto de importância ou de relevância crucial para a sociedade. Não nos parece que a forma encontrada pelo texto constitucional seja a mais adequada, porque exigirá, sempre, uma manifestação do pleno do Supremo em todos os recursos extraordinários, sobre sua admissibilidade, ou seja, o tribunal terá, da mesma forma, que examinar tais demandas e decidir pela preliminar de repercussão geral.” (RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; e, BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Ob. Cit., p. 06). Na mesma linha, seguia a crítica de Flávio Luiz YARSHELL, ao afirmar que “...a julgar pelo *quorum* estabelecido pela regra que se pretende inserir ('manifestação de dois terços de seus membros'), mais trabalhoso será recusar a apreciação da questão do que barrá-la por um julgamento singular do relator, depois confirmado pelo julgamento colegiado”. (YARSHELL, Flávio Luiz. A reforma do judiciário e a promessa de “duração razoável do processo”. Reforma do Judiciário. In **Revista do Advogado – AASP**, n.º 75, a. XXIV, abr. 2004. p. 29)

admissibilidade, não se pode aceitar que o juízo *a quo* negue seguimento ao recurso extraordinário por não *visualizar* a repercussão geral das questões constitucionais. O § 2º do art. 543-A prevê que tal análise é de “apreciação exclusiva” do STF⁶⁹⁵. Com efeito, a instância *a quo* deverá estar adstrita apenas à constatação da *preliminar arguida*, em que o recorrente demonstre a repercussão geral das questões constitucionais. Quando muito, o juízo *a quo* poderá constatar a lacuna e a omissão na exposição da repercussão geral, à guisa de caracterização da *inépcia* da peça recursal, o que tornará *inadmissível* o recurso extraordinário⁶⁹⁶. Com isso, subtrai-se da autoridade local a investigação acerca da existência ou não de repercussão geral⁶⁹⁷.

Aliás, em abono à orientação do art. 543-A, § 2º, do CPC, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a “demonstração da existência de questões constitucionais relevantes sob o ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos das partes” está circunscrita à apresentação “em tópico *destacado* na petição de recurso extraordinário”.⁶⁹⁸ Em certa medida, o

⁶⁹⁵ Antes mesmo da edição da regra em questão, Lênio Luiz STRECK já observava que: “a comprovação da repercussão geral, ao que tudo indica, é mais um requisito a ser preenchido para a admissão do recurso. Mas, atenção: esse requisito não passará pelo crivo do tribunal de origem, sob pena de supressão de competência do Supremo Tribunal”. (STRECK, Lênio Luiz. A “repercussão geral das questões constitucionais” e a admissibilidade do recurso extraordinário: a preocupação do constituinte com as “causas irrelevantes”. In **Comentários à reforma do poder judiciário**. Coordenação Walber de Moura Agra, Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 133)

⁶⁹⁶ Ou seja, a omissão na abordagem da repercussão geral, em tópico destacado na minuta recursal, configurará *inépcia* da peça recursal, faltando-lhe *regularidade formal*. Observe-se que o art. 543-A, em seu § 2º, destaca que “o recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral”. Nesse sentido, tem-se ainda a opinião de Glauco Gumerato Ramos: “Caso o recurso extraordinário seja omissivo quanto à demonstração da *repercussão geral*, será mesmo o caso do tribunal *a quo* proceder ao *juízo de admissibilidade negativo* e obstar a subida do RE, tal como permitido pelo § 1º do art. 542 do CPC, já que o *juízo de admissibilidade* do recurso extraordinário é previamente realizado pelo tribunal de origem” (RAMOS, Glauco Gumerato. Repercussão geral na teoria dos recursos: juízo de admissibilidade – algumas observações. In **Reforma do Judiciário: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência**. SILVA, Bruno Freire e; MAZZEI, Rodrigo (Coords.). Curitiba: Juruá, 2006. p. 257). Diga-se de passagem, se o recurso extraordinário contiver mais de uma questão constitucional, cada uma delas deverá estar atrelada à justificação e demonstração da repercussão geral do tema invocado.

⁶⁹⁷ “A existência da alegação de repercussão geral integra a regularidade formal do recurso extraordinário. O ponto merece controle no tribunal de origem. O que se subtrai à apreciação da autoridade competente para o juízo de admissibilidade, nos termos do art. 543-A, § 2º, é a existência ou não da repercussão em si, assunto reservado ao STF”. (ASSIS, Araken de. Ob. Cit., p. 743)

⁶⁹⁸ Ementa: AUSÊNCIA DE PRELIMINAR FORMAL DE REPERCUSSÃO GERAL NA PETIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO CRIMINAL. 1 Inobservância ao que disposto no artigo 543-A, § 2º, do Código de Processo Civil, que exige a apresentação de preliminar formal e fundamentada sobre a repercussão geral, significando a demonstração da existência de questões constitucionais relevantes

formalismo veiculado pela orientação emanada do Supremo Tribunal Federal parece situar-se de forma contraditória com a importância do instituto, até mesmo porque, a *transcendência* do tema constitucional está a recomendar regular enfrentamento pela Corte Suprema.

Vale dizer: o pronunciamento em si, acerca da relevância ou não da questão constitucional, é exclusivo do Supremo Tribunal Federal. Neste sítio, o legislador ordinário preservou o sistema que já era praticado em relação à *arguição de relevância da questão federal*. Com efeito, Antonio Carlos Marcondes MACHADO - escrevendo sob os auspícios daquele instituto (vigente sob a égide da Constituição revogada) - apontou que “em face desta arguição, o tribunal de origem não tem competência para se manifestar sobre a relevância ou, em outras palavras, tendo sido interposto recurso extraordinário, dependente da relevância da questão federal não cabe ao tribunal de origem examiná-lo”⁶⁹⁹.

Em outras palavras, o juízo *a quo* não poderá usurpar competência constitucionalmente assinalada ao STF. Com a admissão do recurso extraordinário na instância de origem, caberá ao juízo *ad quem* analisar a repercussão geral das questões constitucionais nos próprios autos do processo onde o recurso extraordinário foi interposto. Na esfera do Supremo Tribunal, o exame da repercussão geral dar-se-á na forma dos artigos 321 e seguintes do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, na forma explicitada no tópico subsequente. Ou seja, o exame ocorrerá pelo “plenário *virtual*” (expressão, diga-se de passagem, imprópria para descrição do fenômeno). O mesmo se diga no tocante ao recurso

sob o ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos das partes, em tópico destacado na petição de recurso extraordinário. É imprescindível a observância desse requisito formal mesmo nas hipóteses de presunção de existência da repercussão geral prevista no art. 323, § 1º, do RISTF. O Plenário desta Corte afastou a alegação de repercussão geral implícita. Precedente. 2. Agravo regimental desprovido. (STF – 2ª Turma – AI n.º 703.374 Ag.Reg.-Rel, Min. ELLEN GRACIE – j. 14.10.2008 – DJ 07.11.2008 – vol. 02340=12 – p. 2.472)

⁶⁹⁹ MACHADO, Antonio Carlos Marcondes. Ob. cit., p. 72.

extraordinário previsto no art. 15 da Lei n.º 10.259/2001⁷⁰⁰, matéria esta regulamentada pelo § 5º do artigo 321 do RISTF⁷⁰¹.

O pronunciamento aduzindo a ausência de repercussão geral no recurso extraordinário é irrecorrível, com a ressalva acerca do cabimento de embargos de declaração⁷⁰², subordinados à ocorrência de obscuridade, contradição ou omissão⁷⁰³. Para Luiz Guilherme MARINONI e Daniel MITIDIERO, a hipótese de irrecorribilidade assinalada pela Lei n.º 11.418/2006, pode despertar, em tese, o

⁷⁰⁰ “Impende notar que o julgamento desse recurso, em face de decisões proferidas em qualquer dos pedidos de uniformização, da mesma forma que o julgamento do incidente de uniformização do art. 14 pela Turma Regional de Uniformização, Turma Nacional de Uniformização ou STJ, não versará, em um primeiro momento, sobre a aplicação da norma concreta, mas somente sobre o alcance da norma, tomada abstratamente, e sobre a correta interpretação da lei federal em face da constituição. Somente após a fixação da tese jurídica é que se aplicará a norma ao caso concreto. Nos demais casos (recurso extraordinário em face de decisão da Turma Recursal), o julgamento a ser realizado pelo STF versará somente sobre a aplicação da norma ao caso concreto. De qualquer forma, a decisão do STF (i) vinculará a Turma de Uniformização e as Turmas Recursais ao conhecer dos demais recursos extraordinários retidos (RISTF, art. 321, § 5º, VII), e (ii) poderá importar em edição de súmula pelo STF, a vincular, para os demais casos, o STJ, os Tribunais Regionais Federais, os Juizados Especiais Federais, as Turmas Recursais e de Uniformização (RISTF, art. 321, § 5º, VII)” (DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. Ob. Cit., p. 106).

⁷⁰¹ Dispositivo transcrito em nota de rodapé anterior (de n.º 183).

⁷⁰² Conforme já ressaltado em outro trabalho, “toda e qualquer decisão judicial dirigida aos sujeitos processuais deve ser revelada de forma a isentá-los de dúvidas, não apenas quanto ao conteúdo decisório proferido, mas também quanto à fundamentação apresentada” (KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Manual dos recursos cíveis: teoria geral e recursos em espécie**. 4ª ed., Curitiba: Juruá, 2008. p. 326). E, ao examinar a matéria, Pontes de MIRANDA discorre que, “se a decisão é irrecorrível, a irrecorribilidade somente concerne aos outros recursos, e não ao recurso de declaração” (MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. t. VII: arts. 496 a 538. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 320).

⁷⁰³ “Nesse sentido, sempre que à decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito da existência ou inexistência de repercussão geral de determinada controvérsia imputar-se obscuridade, contradição ou omissão cabem embargos declaratórios (art. 535 do CPC). E note-se bem o ponto: o cabimento dos embargos está subordinado à afirmação de obscuridade, contradição ou omissão, e não à efetiva existência de obscuridade, contradição ou omissão. Importa grifar o ponto, porquanto embargos declaratórios que têm cabimento não podem ser considerados ‘manifestamente protelatórios’, pecha que acaba dando azo à responsabilização por improbidade processual (art. 538, parágrafo único, do CPC)” (MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Repercussão geral no recurso extraordinário, p. 56).

emprego de mandado de segurança a ser utilizado como sucedâneo recursal⁷⁰⁴. Entretanto, Guilherme Beux Nassif AZEM manifesta-se contrariamente ao emprego desse tipo de expediente, afirmando que a regra prevista no art. 102, I, d, da CF/88, ao estabelecer a competência do STF para apreciar mandado de segurança impetrado contra seus atos, "se refere às atividades administrativas exercidas pela Corte, não às suas decisões judiciais"⁷⁰⁵. Note-se, de qualquer sorte, que o referido pronunciamento estará sujeito a um certo grau de controle social⁷⁰⁶ e, dessa forma, não estará imune às críticas oriundas da doutrina especializada, dos atores sociais, da imprensa etc.

3.1.6. A Emenda Regimental n.º 21/2007 e a coleta eletrônica de votos.

A Emenda Regimental n.º 21, de 30.04.2007 (DOU de 03.05.2007) disciplinou os demais aspectos para a operacionalidade do instituto da repercussão geral. Assim, na esfera do Supremo Tribunal Federal, a proposição e a submissão para julgamento da questão constitucional objeto da repercussão geral far-se-ão com o uso de meios eletrônicos. De acordo com a normatização regimental da matéria (RISTF, art. 327), o Presidente do STF poderá rechaçar o recurso extraordinário

⁷⁰⁴ "De outro lado, o não recebimento de recurso extraordinário pela ausência de repercussão geral de maneira equivocada pode desafiar, em tese, mandado de segurança (art. 5º, II, da Lei 1.533 de 1951, a *contrario sensu*), aí utilizado como sucedâneo recursal. Embora existam precedentes do Supremo Tribunal Federal que não admitem mandado de segurança contra ato de seus Ministros, certo é que a Constituição autoriza a cogitação de seu cabimento (art. 102, I, d), grifando a jurisprudência dessa mesma Corte o regime de direito estrito dessa previsão, que não admite nem a sua ampliação, nem, tampouco, a sua restrição. A competência para apreciação é do mesmo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Teoricamente, a solução vai sustentada pela contigência dos conceitos de relevância e transcendência constituírem conceitos jurídicos indeterminados que reclamam preenchimento com valorações objetivas" (MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Repercussão geral no recurso extraordinário, p. 57).

⁷⁰⁵ AZEM, Guilherme Beux Nassif. Ob. Cit., p. 129.

⁷⁰⁶ "Além disso, deve-se dizer que ainda que não haja controle recursal nos julgamentos do STF, existe o primeiro e fundamental controle de toda a decisão jurisdicional: o *social*. Ao contrário do que normalmente se diz, decisão judicial se cumpre, mas se discute também. É direito da sociedade questionar as decisões de todos os graus do Judiciário que ela paga para decidir, inclusive do Supremo, e inclusive também eventuais motivos escusos para essa ou aquela decisão. O processo é público e, nessa medida, é papel do órgão de cúpula do poder político, que é o Poder Judiciário, quanto aos anseios maiores do País – tanto quanto isso é também função dos outros poderes, com a única diferença da esporádica manifestação via urnas" (BRAGHITTONI, R. Ives. Ob. Cit., p. 71).

defeituoso que não exiba a preliminar apontando a existência de repercussão geral⁷⁰⁷.

Portanto, de acordo com a disciplina regimental, não sendo o caso de *inadmissibilidade* por outro fundamento (RISTF, art. 323), o relator apresentará, por meio eletrônico, “cópia de sua manifestação” aos demais membros do Tribunal, evitando, desta forma, a dupla submissão do tema constitucional às pautas de julgamento. Os demais integrantes do Tribunal dispõem do prazo *impróprio*⁷⁰⁸ de 20 (vinte) dias, contados do recebimento da comunicação eletrônica para se manifestarem acerca da repercussão geral⁷⁰⁹. Se, no prazo assinalado, não se observar a rejeição de oito ministros - quórum exigido para afastar a ocorrência de repercussão geral -, tem-se por satisfeita tal exigência⁷¹⁰. Em sentido contrário,

⁷⁰⁷ “Reitere-se, inicialmente, a possibilidade de o Presidente do STF rechaçar, antes de sorteado o relator, recurso extraordinário que não apresente preliminar formal e fundamentada sobre a repercussão geral da questão constitucional ou cuja repercussão já tenha sido recusada pelo STF, salvo se a tese houver sido revisada ou estiver em processo de revisão” (AZEM, Guilherme Beux Nassif. Ob. Cit., p. 107).

⁷⁰⁸ “Não se coaduna com a reforma engendrada impor aos ministros a observância rígida do lapso temporal previsto. Apenas se previu, em consonância com a presunção relativa de repercussão geral que adjetiva as questões constitucionais, um limite, que, uma vez vencido, transmuda-a em absoluta. Agora, caso um dos magistrados necessite de um maior prazo para firmar o seu convencimento sobre a configuração do requisito, não é crível que não se lhe permita. Como adiantado, a consagração do mecanismo visa, justamente, a outorgar o tempo necessário para que uma questão possa ser suficientemente maturada. Não há razão para que, presente a necessidade de uma maior discussão ou mesmo investigação sobre determinado assunto, o sistema impeça tal oportunidade. O açodamento é de todo inoportuno” (AZEM, Guilherme Beux Nassif. Ob. Cit., p. 110).

⁷⁰⁹ “A grande novidade da Emenda Regimental em pauta foi a forma de deliberação sobre a existência de repercussão geral: meio eletrônico. Caberá ao relator, em primeiro lugar, examinar a presença dos pressupostos constitucionais de cabimento do recurso extraordinário (CF, art. 102, III). Caso o juízo de admissibilidade seja positivo, verificar-se-á se o recurso não guarda identidade com outro cuja repercussão já tenha sido apreciada pelo STF, bem como se a impugnação não é à decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante da Corte (hipótese de presunção absoluta da repercussão geral). Se nenhuma dessas duas hipóteses se fizer presente, o Relator apresentará sua manifestação por meio eletrônico para os demais ministros (RISTF, arts. 323, 324), que têm o prazo comum de vinte dias para se manifestar, também por via eletrônica. Se nesse lapso temporal o Relator não receber número suficiente para rejeitar a repercussão geral, considerar-se-á cumprido esse requisito (RISTF, art. 324, parágrafo único)” (PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Ob. Cit., p. 93).

⁷¹⁰ Conforme notícia divulgada no Informativo publicado pelo STF em 14.05.2010, “entre as últimas decisões do Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal (STF), sistema de votação em que os ministros analisam a existência de repercussão geral nos processos, cinco novos temas presentes em Recursos Extraordinários (REs) tiveram esse instituto reconhecido e serão julgados pela Corte. Os assuntos versam sobre tempo de espera de cliente em filas de bancos, férias de procuradores, precatórios e matéria tributária. Temas com repercussão geral: Por unanimidade dos votos, os ministros do STF manifestaram-se pela ocorrência de repercussão geral no RE 610221, interposto pela Caixa Econômica Federal (CEF) contra decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4), que considerou válida lei municipal sobre o tempo de espera de cliente em filas de bancos. A CEF alega que dispor sobre a forma como a empresa de banco deve atender os usuários dos

restando negada a ocorrência de repercussão geral no caso *sub judice*, o relator deverá subscrever monocraticamente a decisão *denegatória*.

Em princípio, o critério de coleta eletrônico de votos instituído pela Emenda Regimental n.º 21 está em consonância com os postulados que regem o devido

respectivos serviços extrapola o interesse local. Para a relatora, ministra Ellen Gracie, a matéria apresenta relevância econômica, política, social e jurídica, uma vez que o assunto alcança grande número de pessoas por se tratar de questões atinentes às relações de consumo. Já o RE 566007 foi interposto contra decisão do TRF-4, que entendeu que a desvinculação do produto de arrecadação das contribuições sociais é válida e legítima. Conforme o recurso, isso teria contrariado o artigo 76, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, alterado pela Emenda Constitucional 27/2000. A matéria constitucional contida neste RE refere-se à possibilidade de emenda constitucional tratar da vinculação de receitas originárias de contribuições sociais da União. A relatora, ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, votou no sentido de não haver repercussão geral no caso, tendo sido acompanhada pelos ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Celso de Mello. No entanto, são necessários oito votos contrários para que a repercussão geral não seja reconhecida. Assim, o RE terá o mérito julgado pelo STF. No RE 568503, a União sustenta que a contribuição ao Programa de Integração Social (PIS) não estaria abrangida pelo princípio da anterioridade nonagesimal, contido no artigo 195, parágrafo 6º, da Constituição Federal. Para a União, tal dispositivo teria sido contrariado tendo em vista que decisão do TRF-4, questionada no recurso, determinou que o artigo 50, da Lei 10.865/04, somente deve ser aplicado após 90 dias da publicação da lei. A relatora, ministra Cármen Lúcia, posicionou-se favorável à repercussão geral e foi seguida por maioria, vencido o ministro Cezar Peluso. Também de relatoria da ministra Cármen Lúcia e autoria da União, o RE 602381 foi interposto contra ato da Turma Recursal da Seção Judiciária de Maceió e trata da concessão de 60 dias de férias a procuradores federais, prevista nas Leis 2123/53 e 4069/62. Os procuradores argumentam que tais normas teriam sido recepcionadas pela CF como leis complementares. Para a relatora, a matéria apresenta inegável relevância jurídica e econômica por repercutir diretamente no regime jurídico de carreira de grande importância, "além de ter significativo peso no orçamento da União". Ficaram vencidos os ministros Ricardo Lewandowski, Eros Grau e Cezar Peluso. Por fim, interposto pelo estado de São Paulo, o RE 605481 versa sobre a necessidade de citação da Fazenda Pública para a expedição de precatório complementar. A ministra Ellen Gracie, relatora do processo, reconheceu a repercussão geral tendo em vista que o tema alcança grande número de credores da Fazenda Estadual que aguardam o pagamento de dívidas por meio de precatório. Foi vencido nesta votação o ministro Eros Grau" (Informativo STJ, divulgado em 14.05.2010).

processo legal, não se podendo tachá-lo de ofensivo à *publicidade* processual⁷¹¹. Algumas vozes manifestam-se contrariamente ao mecanismo de coleta eletrônica de votos, em função da possível restrição intrínseca da presença das partes e de seus advogados, haja vista a inexistência de uma “sessão” *específica* para o julgamento e exame da repercussão geral da questão constitucional. Contudo, parece inequívoco que a ausência de uma *audiência* para apreciação da matéria não induz ofensa à publicidade, pois o processamento do incidente não está sendo conduzido de forma *secreta*⁷¹². Aliás, não se pode ignorar que inúmeros outros atos decisórios inerentes à atividade jurisdicional são externados sem a participação das partes interessadas, as quais são apenas intimadas *a posteriori*, razão pela qual é possível deduzir que o fato de não se contemplar uma sessão de julgamento para o exame da repercussão geral, por si só, não é um indicativo desabonador do procedimento de coleta eletrônica de votos.

Contudo, forçoso assentar que a coleta eletrônica de votos não pode servir para o esvaziamento burocrático da definição da repercussão geral, alijando o cotejo

⁷¹¹ À guisa de exemplo, cabe realçar que o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal (STF) admitiu repercussão geral, por votação unânime, no Agravo de Instrumento (AI) 771.770, interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. A questão constitucional ventilada nesse caso refere-se à possibilidade de execução extrajudicial das dívidas hipotecárias contraídas no regime do Sistema Financeiro da Habitação. No intuito de ser reconhecida a repercussão geral, consta no recurso extraordinário interposto que o tema constitucional versa sobre defesa da moradia, cuja finalidade social está definida e protegida por cláusula pétrea da Constituição Federal. No recurso em questão também é defendido que somente por meio do devido processo legal e análise da matéria em todas as instâncias, inclusive pelo Supremo, é que o caso pode ter solução definitiva. Ainda do relatório do caso, colhe-se que a execução extrajudicial prevista no Decreto-Lei n.º 70/66 é diametralmente oposta à defesa do direito de moradia, com reflexos nos princípios constitucionais da inafastabilidade da jurisdição, do juiz natural, da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. Portanto, a inconstitucionalidade do Decreto-lei n.º 70/66 é lastreada na possível violação dos artigos 5º, incisos XXII, XXIII, XXXII, XXXV, XXXVII, LII, LIV e LV e 6º, da CF. Para o relator do recurso extraordinário em questão, Ministro Dias Toffoli, a matéria é de índole constitucional e já foi objeto de inúmeros julgados do STF, tais como o RE 513.546, 408.224 e 287.453. “A questão posta apresenta densidade constitucional e extrapola os interesses subjetivos das partes, sendo relevante para os milhões de mutuários do Sistema Financeiro da Habitação e, igualmente, para a sociedade como um todo, uma vez que a decisão a ser proferida neste feito possui estreito vínculo com a liquidez do Sistema Financeiro da Habitação”.

⁷¹² “Assim que emitida a manifestação do relator, haverá de constar a informação desse fato no relatório eletrônico do andamento do recurso, bem como deverá estar disponível cópia do pronunciamento. Depois, cada uma das manifestações enviadas pelos outros ministros haverá de ser igualmente informada, disponibilizando-se seu inteiro teor. Em outras palavras, o processamento *eletrônico* do incidente relativo à aferição da repercussão geral não pode absolutamente significar *secreto*. Se isso ocorrer, tal procedimento será inconstitucional – não por desenvolver-se eletronicamente, mas por carecer de publicidade (CF, art. 93, IX)” (TALAMINI, Eduardo. Repercussão geral em recurso extraordinário: nota sobre sua regulamentação, p. 65).

das opiniões dos segmentos afetados, de sorte a frustrar o debate constitucional⁷¹³. Quer parecer, ademais, que os dispositivos regimentais que regulam a coleta eletrônica de votos não afastam a remessa da matéria ao Plenário, com votação destacada desta, quando assim se fizer necessário.

Questão mais tormentosa diz respeito à ocorrência de uma possível aceitação “tácita”, na hipótese do silêncio dos integrantes do Tribunal com o consequente decurso do prazo assinalado, vislumbrando-se aí a ocorrência de uma possível decisão “implícita” acerca da matéria objeto da repercussão geral⁷¹⁴. Entretanto, não há que se cogitar da ocorrência de “decisão tácita” em tal hipótese (prática vedada pelo mandamento constitucional do art. 93, IX, da Constituição da República), pois, a rigor, o texto constitucional estabelece que o não reconhecimento da repercussão é que exige manifestação exteriorizada dos integrantes da Corte. Portanto, o “silêncio” dos membros do Supremo Tribunal não induz “decisão tácita”. Trata-se, em verdade, de aceitar que o não reconhecimento da repercussão geral é que exige manifestação dos integrantes do Tribunal, a ser repassada por meios eletrônicos.

E, ao se cogitar da coleta de manifestações dos membros integrantes da Corte por meios *eletrônicos*, tem-se que o sistema processual deverá informar todas as fases e etapas que venham a culminar no reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional, sendo que a publicização da matéria é condição inequívoca para permitir a *manifestação* de demais interessados, na exata intelecção

⁷¹³ “Terão as partes, contudo, a possibilidade de distribuir memoriais e de suscitar, por escrito, questão de ordem, dentro do prazo de vinte dias, previsto para as manifestações. Durante esse prazo, é plenamente possível que os ministros, ao tomar ciência dos argumentos das partes e das razões de seus pares, reconsiderem sua manifestação inicial, uma vez que não encerrada a análise acerca da presença do requisito. Aflora, aqui, a importância do julgamento colegiado, do qual não se pode prescindir, mesmo que observada a sistemática eletrônica” (AZEM, Guilherme Beux Nassif. Ob. Cit., p. 112).

⁷¹⁴ “A ausência de manifestação sobre a repercussão geral, como antecipado, implica na tomada de juízo positivo sobre o requisito. Não se vislumbra, na ‘decisão tácita’, qualquer ofensa à garantia da fundamentação. Presumida a repercussão, o silêncio apenas reflete a ausência de elemento que possa infirmá-la. No entanto, caso o recorrido apresente, em suas contra-razões, tese capaz de afastar a repercussão geral da questão constitucional discutida, surge o direito de ver suas alegações apreciadas, não sendo de se admitir a negativa implícita, por flagrante ausência de motivação” (AZEM, Guilherme Beux Nassif. Ob. Cit., p. 110).

da regra do art. 543-A, § 6º, do CPC⁷¹⁵. A inspiração, neste sítio, deve ser buscada na regra “37”, item “3”, da SCEUA⁷¹⁶, dispositivo este que autoriza a entrega de memoriais por “meios eletrônicos”, os quais são submetidos à apreciação dos membros da Suprema Corte americana. Assim, se é verdadeiro que a conformação remota do Supremo Tribunal Federal brasileiro buscou inspiração no modelo da Suprema Corte americana, nada obsta que, ainda nesta oportunidade, o Regimento Interno do STF possa contemplar o necessário “espaço” institucional para apresentação e cotejo dos memoriais eletrônicos oferecidos por *amici curiae*, capazes de orientar, no cenário nacional, a decisão constitucional e suas implicações.

Com efeito, no cenário do controle *difuso* de constitucionalidade, pautado pela demonstração de repercussão geral, a *relevância* da matéria constitucional

⁷¹⁵ Aliás, “nesse exame preliminar, os *amici curiae* seriam a melhor ferramenta para indicar ao STF se os interesses envolvidos na questão constitucional controvertida ultrapassam o direito subjetivo das partes do processo. Nesse sentido, o *amicus curiae* poderia servir de indício, não apenas da opinião pública, por intermédio dos grupos de interesses que representam, mas, sobretudo, do alcance da decisão a ser tomada no julgamento definitivo do recurso, mediante a intervenção dos grupos que seriam afetados pelo julgado (hipótese de grupos de interesse)” (MEDINA, Damares. Ob. Cit., p. 123).

⁷¹⁶ “3. (a) An *amicus curiae* brief in a case before the Court for oral argument may be filed if accompanied by the written consent of all parties, or if the Court grants leave to file under subparagraph 3 (b) of this Rule. The brief shall be submitted within 7 days after the brief for the party supported is filed, or if in support of neither party, within 7 days after the time allowed for filing the petitioner’s or appellant’s brief. Motions to extend the time for filing an *amicus curiae* brief will not be entertained. The 10-day notice requirement of subparagraph 2(a) of this Rule does not apply to an *amicus curiae* brief in a case before the Court for oral argument. An electronic version of every *amicus curiae* brief in a case before the Court for oral argument shall be transmitted to the Clerk of Court and to counsel for the parties at the time the brief is filed in accordance with guidelines established by the Clerk. The electronic transmission requirement is in addition to the requirement that booklet format briefs be timely filed. The *amicus curiae* brief shall specify whether consent was granted, and its cover shall identify the party supported or indicate whether it suggests affirmance or reversal. The Clerk will not file a reply brief for an *amicus curiae*, or a brief for an *amicus curiae* in support of, or in opposition to, a petition for rehearing” (Tradução: “3. (a) As alegações do Amicus Curiae no processo perante o Tribunal de Justiça podem ser apresentadas quando forem acompanhadas do consentimento por escrito de todas as partes, ou se o Tribunal concede licença para tal no parágrafo 3 (b) do presente artigo. O sumário deve ser apresentado no prazo de sete dias após o mandato para a parte apoiada seja apresentado, ou se não for a favor de nenhuma das partes, no prazo de sete dias após o prazo para a apresentação do petiçãoário ou recorrente. Propostas para estender o tempo para a apresentação de *amicus curiae* não serão aceitas. A exigência de aviso prévio de 10 dias do parágrafo 2 (a) do presente artigo não se aplica às alegações dos *amicus curiae* no processo perante o Tribunal de Justiça. Uma versão eletrônica de todas as alegações dos *amicus curiae* no processo perante o Tribunal de Justiça deve ser transmitida ao secretário do Tribunal de Justiça e ao advogado das partes no momento da apresentação das informações, em conformidade com as diretrizes estabelecidas pela secretaria. A obrigação de transmissão eletrônica além da exigência do arquivo comum será oportunamente apresentada. O *amicus curiae* deve especificar se a autorização foi concedida, e sua capa deve identificar a parte suportada ou indicar se sugere apoio ou oposição. O secretário não vai apresentar uma resposta para uma qualidade de *amicus curiae*, ou uma resposta

selecionada para julgamento é *intrínseca*, razão pela qual está a recomendar a oitiva dos eventuais afetados com a decisão paradigmática daí advinda. E, por sua vez, no tocante à categoria da *representatividade* dos interessados, forçoso reconhecer que o exacerbamento dogmático deste atributo pode resultar num completo desamparo dos interesses não mobilizados (ou dificilmente organizados), com o risco de prevalência das vozes *corporativas*.

O que se quer afirmar, portanto, é que o art. 329 do RISTF assinala competir à Presidência do Tribunal “ampla e específica divulgação do teor das decisões sobre repercussão geral”, cabendo-lhe diligenciar pela formação e atualização de banco eletrônico de dados e informações correlatas (Emenda Regimental n.º 21, de 30.04.2007). Entretanto, não se pode apenas privilegiar a dimensão *informativa* das matérias julgadas sob o signo da repercussão geral. Em verdade, sem prejuízo da *posterior* divulgação do reconhecimento da repercussão geral, compete precipuamente ao Supremo Tribunal Federal viabilizar o comando do § 6º do art. 543-A do CPC, para possibilitar a ampla participação de terceiros interessados no procedimento decisório que irá culminar no reconhecimento da repercussão geral⁷¹⁷.

Em suma, a projeção dos números de manifestações de *amici curiae* na fase prévia de reconhecimento da repercussão geral permite concluir que o espaço decisório deverá ser ampliado, com o fomento dessas práticas a partir das tecnologias eletrônicas disponíveis.

3.1.7. O mecanismo de sobrestamento dos recursos extraordinários versando matéria idêntica e a técnica de julgamento por amostragem.

A Lei n.º 11.418/06, ao regulamentar o instituto da repercussão geral, estabeleceu ainda possibilidade de *sobrestamento* de recursos extraordinários

para uma qualidade de *amicus curiae* em apoio ou em oposição, ou mesmo um pedido de reapreciação”).

versando idêntica matéria constitucional⁷¹⁸, permitindo a *seleção* de um desses recursos representativos da controvérsia, que seguirá ao Supremo Tribunal Federal. Trata-se de mecanismo umbilicalmente ligado ao fenômeno da aludida litigiosidade de massa⁷¹⁹, visando coibir o direcionamento de recursos extraordinários versando matéria similar para o Supremo Tribunal Federal⁷²⁰.

Em certa medida, trata-se de expediente semelhante ao do art. 14 da Lei n.º 10.259/2001, que permite a uniformização de interpretação da lei federal, quando houver decisões divergentes sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais que contrariem súmula ou jurisprudência dominante do STJ, o

⁷¹⁷ “O dispositivo do RISTF supratranscrito dá ensejo a interpretações ambíguas. Em uma interpretação literal, pode-se inferir que o Tribunal dará ampla divulgação apenas dos processos julgados, na forma em que já vem acontecendo no sítio do STF. Contudo, em uma interpretação sistemática, conjugada com o § 6º do art. 543-A do CPC, com a alteração introduzida pela Lei n.º 11.418/2006, podemos concluir que essa divulgação ampla deverá possibilitar a participação de terceiros no procedimento que irá decidir acerca da repercussão geral. Logo, caberá ao Tribunal dar ampla divulgação não apenas do resultado, mas, sobretudo, do início do procedimento no qual se dará o julgamento da repercussão geral, de forma a viabilizar a participação de terceiros interessados, nos moldes do que preconizou o dispositivo do Diploma Adjetivo Civil acima referido” (MEDINA, Damares. Ob. Cit., p. 124).

⁷¹⁸ “Há que se ter em conta que a maior parte dos feitos submetidos ao Supremo Tribunal Federal tem, em um dos pólos processuais, entes da Administração Pública (direta ou indireta) ou grandes grupos empresariais, como empresas de telefonia e instituições bancárias. Subjacentes a tais processos, normalmente, encontram-se temas repetidos. Por força do novo regime, poderá o Supremo decidir por apenas uma vez a questão constitucional que se repete. Um pronunciamento definitivo, em tais casos, além de reduzir a insegurança jurídica e prestigiar o princípio da isonomia, contribui significativamente para desafogar o Poder Judiciário” (AZEM, Guilherme Beux Nassif. Ob. Cit., p. 114).

⁷¹⁹ “A cultura demandista que assola o País não sobrecarrega apenas as instâncias que estão à base da pirâmide judiciária brasileira (órgãos singulares, monocráticos), mas naturalmente, alcança os colegiados locais e regionais (tribunais de justiça, tribunais regionais federais, tribunais regionais do trabalho) e, no cimo da pirâmide, repercute nos Tribunais da Federação – STF e STJ – praticamente convertendo estes tribunais em terceira e quarta instâncias” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A realidade judiciária brasileira e os tribunais da federação – STJ e STF: inevitabilidade de elementos de contenção dos recursos a ele dirigidos, *In Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 1073).

⁷²⁰ “A repetição inútil de recursos nas causas versando direitos individuais homogêneos representa preocupação constante do legislador. O art. 543-B, introduzido pela Lei 11.418, de 19.12.2006, criou expediente destinado a reduzir de modo drástico o fluxo de processos das instâncias ordinárias para o STF. Em síntese, ocorrendo multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia (rectius: questão constitucional), a análise da repercussão geral recairá sobre ‘um ou mais recursos representativos da controvérsia’ (art. 543-B, § 1º, parte inicial), selecionados pela autoridade judiciária competente para apreciar a admissibilidade do extraordinário” (ASSIS, Araken de. Ob. Cit., p. 753-754).

que poderá ensejar a submissão da matéria a este Tribunal Superior⁷²¹. Assim, o expediente implementado pelo art. 543-B do CPC não pressupõe, necessariamente, o exame e contextualização da repercussão geral da questão constitucional. Cuida-se, assim, de critério autônomo, cujo correspondente remoto estava ligado ao procedimento assinalado pelo art. 14 da Lei n.º 10.259/2001.

O art. 543-B do CPC prevê que o Tribunal *a quo* selecionará determinado recurso extraordinário que seja representativo da controvérsia constitucional caracterizadora da *repercussão geral*, o qual será encaminhado ao STF. Os demais recursos extraordinários referentes ao mesmo tema constitucional permanecerão sobrestados, aguardando o julgamento do recurso que foi processado. A determinação pelo sobrestamento dos processos envolvendo a mesma matéria obstará ainda o trâmite dos agravos de instrumento interpostos contra recursos denegados (CPC, art. 544)⁷²². Assim, ao invés do processamento e encaminhamento normal de todos os recursos extraordinários versando o mesmo tema constitucional, o tribunal ou órgão *a quo* selecionará alguns processos representativos da controvérsia (CPC, art. 543-B, § 1º). Ao fazê-lo, deverá estar atento para o enfrentamento qualitativo da matéria, pinçando os casos com os melhores subsídios e argumentos que revelem a amplitude ou importância do tema. A competência para a referida seleção é pertinente à fase referente ao juízo de admissibilidade desempenhado pelo órgão *a quo*. Em última análise, pretende-se afastar a situação até então corrente, em que o Supremo Tribunal Federal estava adstrito a reproduzir decisões reiterativas acerca de uma determinada matéria constitucional. Desse modo, os processos “sobrestados” com recursos extraordinários pendentes de apreciação aguardarão posterior conformação com o resultado do julgamento do caso selecionado (CPC, art. 543-B, § 3º).

⁷²¹ Com efeito, o § 4º do art. 14 da Lei n.º 10.259/01 dispõe que, “quando a orientação acolhida pela Turma de Uniformização, em questões de direito material, contrariar súmula ou jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça – STJ, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que dirimirá a divergência”. Ao seu turno, o § 5º do mesmo dispositivo legal estabelece que, “No caso do § 4º, presente a plausibilidade do direito invocado e havendo fundado receio de dano de difícil reparação, poderá o relator conceder, de ofício ou a requerimento do interessado, medida liminar determinando a suspensão dos processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida”.

⁷²² “Também os agravos de instrumento contra decisões que não tenham admitido os recursos extraordinários já sujeitos ao requisito legal da repercussão geral sujeitar-se-ão ao sobrestamento” (AZEM, Guilherme Beux Nassif. Ob. Cit., p. 115).

A técnica de julgamento por amostragem foi regulamentada ainda no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, cabendo observar, neste particular, o art. 328 do RISTF:

Protocolado ou distribuído recurso cuja questão foi suscetível de reproduzir-se em múltiplos feitos, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a), de ofício ou a requerimento da parte interessada, comunicará o fato aos tribunais ou turmas de juizado especial, a fim de que observem o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil, podendo pedir-lhe informações, que deverão ser prestadas em 5 (cinco) dias, e sobrestar todas as demais causas com questão idêntica. O § único do referido dispositivo dispõe ainda que “quando se verificar subida ou distribuição de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a) selecionará um ou mais representativos da questão e determinará a devolução dos demais aos tribunais ou turmas de juizado especial de origem, para aplicação dos parágrafos do art. 543-B do Código de Processo Civil.

O § 2º do art. 543-B do CPC estabelece que “negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos”. Ou seja, se a matéria constitucional não é relevante sob os auspícios da repercussão geral, os demais recursos sobrestados considerar-se-ão inadmitidos nos mesmos moldes. Afinal, conforme ressaltado por Humberto THEODORO JR., “a falta de repercussão geral não é do recurso individualmente proposto, é da questão constitucional nele tratada”⁷²³.

Cabe registrar, portanto, que o não reconhecimento da repercussão geral de determinada questão constitucional controversa projeta o efeito “pan-processual”, na esteira da expressão cunhada pelos professores Luiz Guilherme MARINONI e Daniel MITIDIERO, os quais destacam que “o efeito pragmático oriundo desse não-reconhecimento está em que outros recursos fundados em idêntica matéria não serão conhecidos liminarmente, estando o Supremo Tribunal Federal autorizado a negar-lhes seguimento de plano (art. 543-A, § 5º, do CPC). Há evidente vinculação horizontal na espécie”⁷²⁴.

⁷²³ THEODORO JR., Humberto. Repercussão geral no recurso extraordinário (Lei n.º 11.418) e súmula vinculante do supremo tribunal federal (Lei n.º 11.417). In **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, n.º 18, maio/jun. 2007. p. 17.

⁷²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Repercussão geral no recurso extraordinário, p. 52.

Portanto, é possível vislumbrar, nesse particular, uma projeção do efeito vinculante na seara do controle difuso, porque o dispositivo acima transcrito induz, assim, uma *expansão* da eficácia do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal⁷²⁵, o qual, em princípio, dar-se-ia apenas com efeitos *inter partes*. Aliás, é preciso ponderar que, se há “multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia”, reforça-se a presunção acerca da *transcendência* da questão constitucional, motivo pelo qual a aplicação do § 2º do art. 543-B do CPC demandará muita parcimônia.

Logo, apesar de o art. 543-B do CPC - responsável por regulamentar a seleção dos recursos extraordinários representativos – não prever expressamente a participação de *amicus curiae*, tem-se aí que permitir a manifestação de órgãos ou entidades que possam contribuir para o debate, até mesmo porque, a técnica de julgamento por amostragem está umbilicalmente conectada com o exame da repercussão geral da questão constitucional. E, nesse ponto, a manifestação de *amicus curiae*, além de servir para aquilatar a ocorrência da repercussão geral, poderá contemplar manifestação pelo provimento ou improvimento dos recursos extraordinários selecionados para julgamento.

Dessa forma, após o julgamento dos casos selecionados, o órgão *a quo* retomará o processamento dos recursos extraordinários “sobrestados”, cabendo-lhes: (i) declarar estarem os mesmos *prejudicados*; ou (ii) aplicarem técnica de retratação quando a questão constitucional tiver sido decidida na instância de origem de forma contrária ao entendimento assinalado pelo Supremo Tribunal Federal. Nesta segunda hipótese, tem-se, em certa medida, uma relativização da regra do art. 463 do CPC, pois o tribunal ou órgão *a quo* é convidado a reexaminar o tema ou

⁷²⁵ O raciocínio é corroborado pela afirmativa de José Marcelo Menezes VIGLIAR: “Aliás, a Reforma deixou atestada também a importância de que se revestem os julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal: após sua entrada em vigor, o Pretório Excelso deverá analisar ‘a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso’ (§ 3º, do mesmo dispositivo constitucional reformado), antes de analisar um recurso extraordinário. O que essa nova disciplina representa? Entre outros fundamentos, o de que a jurisprudência que se formará no Supremo não poderá se cingir a questões envolvendo controvérsias estritamente particulares, sem repercussão na sociedade. Se assim será, maior razão ainda para que a jurisprudência desse Tribunal venha a se tornar fundamento para a vinculação das decisões dos graus inferiores de jurisdição” (VIGLIAR, José Marcelo Menezes. A reforma do judiciário e as súmulas de efeitos vinculantes. *In Reforma do judiciário: analisada e comentada* / coordenação André Ramos Tavares... [et. al.], São Paulo: Editora Método, 2005. p. 288-289).

caso já julgado⁷²⁶. Não se trata, por conseguinte, de simples exercício concernente a juízo de retratação (nos moldes daquele preconizado pelo art. 523, § 2º, do CPC, ou ainda aquele visualizado a partir da regra do art. 296, *caput*, do CPC). Perceba-se que a primeira hipótese (“declaração de prejudicialidade”) enseja situação mais simples, pois, a rigor, não há necessidade de “retomar” ou “alterar” o julgamento já proferido pelo juízo *a quo*. Contudo, não parece crível que a retratação mencionada pelo § 3º, do art. 543-B, possa partir unicamente da autoridade presidencial ou vice-presidencial incumbidas no exame de admissibilidade dos recursos extraordinários. Parece que a retratação é tarefa a ser adequada pelo órgão fracionário. Tem-se aí, portanto, uma faceta marcante do efeito vinculante no controle difuso, pois não há como conceber que o órgão fracionário possa “insistir” com a reiteração da decisão anterior, contrária ao entendimento assinalado pelo Supremo Tribunal Federal, naquilo que concerne com os fundamentos determinantes. Quando muito, poder-se-á aceitar que - em sede de juízo de subsunção - o órgão fracionário formalize uma forte distinção do caso, para afastar a tese objeto do precedente julgado ou a *ratio decidendi* adotada pela Corte Suprema, apontando que a situação concreta objeto do reexame está jungida a outros aspectos fáticos, peculiaridades etc. Ao se advogar que não há vinculatividade nesta hipótese, estar-se-á, em verdade, esvaziando o conteúdo da técnica de julgamento por amostragem e, ao mesmo tempo, vilipendiando a cognição descortinada a partir do enfrentamento da questão constitucional à luz da repercussão geral. Ora, se não é concebível que os órgãos e tribunais inferiores possam julgar em desconformidade com o julgamento do Supremo Tribunal Federal proferido em sede de controle concentrado, não há razão plausível para conclusão diversa no tocante à técnica de julgamento por amostragem emanada da configuração da repercussão geral da questão constitucional, cuja *transcendência* do tema constitucional foi tornada explícita, com

⁷²⁶ “Competente para o novo julgamento, portanto, será o órgão que proferiu a decisão que desafiou o recurso extraordinário. Abre-se, aqui, a possibilidade de a origem se ajustar ao entendimento firmado pelo STF. Não há, no entanto, vinculação obrigatória. Assim, se mantida a decisão e ascendendo o recurso extraordinário, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à sua orientação” (AZEM, Guilherme Beux Nassif. Ob. Cit., p. 119).

o reconhecimento de sua projeção para outros casos semelhantes⁷²⁷. Recorde-se ainda que os Tribunais locais, ao insistirem na tese superada pelo STF, poderão estar distanciados do universo cognitivo da Corte Suprema, onde, presumivelmente, o debate foi guiado a partir da manifestação dos grupos de interesses diversos, com a escolha dos melhores argumentos revelados.

Aliás, acaso venha a ser mantido o entendimento anterior, dar-se-ia a necessidade subsequente de encaminhar aquele recurso extraordinário sobrestado para o Supremo Tribunal Federal⁷²⁸, hipótese com a qual não se pode concordar, ante o flagrante retardamento da prestação jurisdicional (Constituição da República, art. 5º, LXXVIII).

Tal raciocínio, por certo, se coloca ainda no tocante aos demais casos futuros que venham a ser objeto de enfrentamento na esfera dos tribunais de segundo grau. Ou seja, ao se propugnar pelo efeito vinculante emanado do caso paradigma selecionado para julgamento (oriundo da “técnica de amostragem”), tem-se que a regra do art. 543-B, § 3º, do CPC foi concebida para os demais processos “sobrestados”, permitindo, assim, que o órgão *a quo* venha a se retratar em relação

⁷²⁷ Oportuno registrar que, ao comentar a regra do art. 543-B do CPC, Luiz Guilherme MARINONI e Daniel MITIDIERO visualizam a ocorrência do *efeito vinculante* no juízo de retratação disponibilizado para os recursos extraordinários sobrestados: “A rigor, se houver clara identificação da *ratio decidendi* utilizada pelo Supremo Tribunal Federal para o julgamento de mérito da questão a ele apresentada, há mesmo vinculação jurídica, em sentido vertical, dos Tribunais de origem, à decisão do Supremo. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é, aliás, de há muito nesse sentido. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal, no exercício de jurisdição constitucional, é fenômeno contemporâneo ao enriquecimento do sistema brasileiro de controle da constitucionalidade, com o notório ganho de importância do controle concentrado e abstrato. O efeito vinculante foi consagrado pela Emenda Constitucional 3, de 1993, que introduziu a ação declaratória de constitucionalidade. É nítida a inspiração no modelo germânico. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evoluiu no sentido de também conferir efeito vinculante às decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade. Completou-se o sistema do controle pela via da ação com a regulamentação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Todas estas ações, bem como suas liminares, são dotadas de efeito vinculante” (MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Repercussão geral no recurso extraordinário, p. 61-62).

⁷²⁸ Neste sentido, tem-se a posição firme de Luiz Guilherme MARINONI e Daniel MITIDIERO: “Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos (art. 543-B, § 2º, do CPC). Ao Tribunal de origem cumprirá noticiar nos autos de cada recurso paralisado o julgamento do Supremo Tribunal Federal, declarando-os não admitidos. Não lhe é dado remeter recurso com controvérsia já decidida pelo Supremo como de não repercussão geral, estando vinculado verticalmente à decisão do Supremo Tribunal Federal. Em atenção à necessidade de fundamentação das decisões judiciais, tem o Tribunal de origem de acostar aos autos dos recursos represados cópia da decisão do Supremo atinente à inexistência de repercussão geral” (MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Repercussão geral no recurso extraordinário, p. 71-72).

a estes. Por razões similares, não há sustentáculo para a manutenção do entendimento dissidente por parte dos órgãos e tribunais inferiores, refratário à tese assumida pelo Supremo Tribunal Federal, de sorte que também os casos futuros estão adstritos à conformação dada pela Corte Suprema para o tema constitucional objeto da repercussão geral. Diga-se de passagem, a única forma responsável de divergir é identificar contornos fáticos que afastem a incidência da *ratio decidendi*. Do contrário, dar-se-á verdadeiro *decisionismo*, incompatível com os postulados emanados do Estado Democrático de Direito e com a força normativa da Constituição.

É de se observar, por derradeiro, que os dispositivos acima mencionados não disciplinaram a hipótese de *sobrestamento* indevido que venha a alcançar recurso extraordinário pautado em substrato fático diverso ou alicerçado em questões constitucionais distintas. Entretanto, o problema ora aventado assemelha-se, em certa medida, ao regime de *retenção* compulsório preconizado pelo art. 542, § 3º, do CPC. Com efeito, quando se tratar de recurso extraordinário interposto em face de acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento voltado à impugnação de determinadas espécies de decisões interlocutórias, o § 3º do art. 542 do CPC impõe sua retenção obrigatória. Ocorre, entretanto, que situações excepcionais podem recomendar o processamento imediato do recurso retido, razão pela qual, diversos mecanismos processuais são empregados para contornar o regime da retenção⁷²⁹. Dessa forma, tais expedientes poderão ser empregados, analogicamente, para

⁷²⁹ A pretensão quanto ao processamento *imediato* de *recurso retido* já foi, inclusive, veiculada em sede de *reclamação* dirigida ao STF. Com efeito, o Ministro Marco Aurélio, por meio de decisão monocrática, determinou o processamento imediato de recurso extraordinário interposto diante de acórdão proferido pela 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que julgou agravo de instrumento. O caso concreto versava sobre tutela antecipatória concedida pelo juízo de primeira instância, que determinou ao Município fluminense de Nova Friburgo, o fornecimento de medicamentos em proveito do paciente. O Tribunal de Justiça deu provimento ao agravo, para fins de cassar a decisão interlocutória, proferindo acórdão que foi impugnado por meio de recurso extraordinário retido. No entanto, conhecendo da reclamação, o Ministro afirmou que "Há o envolvimento, como pano de fundo, de providência emergencial, uma vez que se pretende ver prevalecente a tutela concedida pelo Juízo voltada ao fornecimento de medicação. A ordem natural das coisas demonstra que prejuízos irreparáveis poderão ocorrer se se aguardar a decisão definitiva para, somente após, dar-se seqüência ao extraordinário". (STF – Rcl. 2.510/RJ – Min. Rel. Marco Aurélio – j. em 16.11.2003 – DJU 05.12.2003).

afastar o sobrestamento indevido que venha a ser imposto por força do art. 543-B, § 1º, do CPC⁷³⁰.

⁷³⁰ “No caso de indevido sobrestamento, decorrente da ausência de similitude entre as questões, a legislação não ofereceu remédio específico. Não obstante, a parte supostamente prejudicada não resta desamparada. Recorrendo-se a uma interpretação sistemática, busca-se, por similitude, a solução encontrada para os casos de retenção do recurso extraordinário, prevista no art. 542, § 3º, do CPC. Em tal hipótese, a jurisprudência já admitiu o emprego de medida cautelar, de reclamação, de agravo de instrumento e até de simples petição. Diante da ausência de posição definitiva sobre a via adequada, o STF tem reconhecido a incidência do princípio da fungibilidade. Idêntico raciocínio aplica-se ao indevido sobrestamento. Preferível a adoção de uma exegese mais liberal, evitando que a indefinição sobre o remédio cabível prejudique a irresignação do recorrente” (AZEM, Guilherme Beux Nassif. Ob. Cit., p. 116-117).

3.2. Reflexos marcantes da filtragem seletiva no cenário da jurisdição constitucional contemporânea.

3.2.1. A feição *transindividual* do recurso extraordinário.

Cabe repisar, assim, que com o advento da EC n.º 45/2004, o controle de constitucionalidade *difuso* está condicionado à demonstração da repercussão geral da questão constitucional suscitada no recurso extraordinário (CF, art. 102, § 3º). Vale dizer, “a EC 45/2004 atribuiu essa *feição transindividual ao recurso extraordinário*, mitigando o princípio da recorribilidade plena, inserindo-o em seu verdadeiro objetivo de permitir o amplo reexame da causa somente em relação aos tribunais que exercem a jurisdição ordinária”⁷³¹. Apesar de certas críticas direcionadas ao instituto em questão, a modelagem conferida ao controle difuso de constitucionalidade é compatível com o direcionamento e primazia conferido aos casos marcadamente complexos e capazes de projetar efeitos significativos para um universo amplo de pessoas.

Há que se desmitificar, portanto, a ideia de que o propósito único da exigência de demonstração da repercussão geral das questões constitucionais na via do recurso extraordinário está centrado apenas no “desafogamento” dos trabalhos da Corte Constitucional brasileira⁷³². Em última análise, repisando o que já foi dito, a comprovação da repercussão geral da questão constitucional discutida no recurso extraordinário é consentânea com a proposta de *compatibilização vertical*⁷³³ das

⁷³¹ CAVALCANTE, Mantovanni Colares. Ob. Cit., p. 182.

⁷³² É certo, entretanto, que o volume de trabalho crescente na esfera dos órgãos jurisdicionais induz o surgimento de instâncias *paralelas* de poder decisório, consoante observação oportuna de Eugênio Raúl ZAFFARONI, para quem o excesso de trabalho nos Tribunais Superiores “provoca que as cúpulas tenham que se valer de equipes, às quais se delegam funções, tanto jurisdicionais (secretários e auxiliares que ‘redigem’ as sentenças), quanto administrativas (exercício do poder verticalizador). Por fim, cai-se em uma ficção, pois a cúpula não detém o poder, senão que na cúpula se encontra um conjunto de empregados e funcionários sem jurisdição, que são os que exercem o verdadeiro poder e que têm realmente mais arbítrio que os próprios juízes, que materialmente lhes estão subordinados” (ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Poder judiciário – crise, acertos e desacertos**. Trad. Juarez Tavares, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 161-162).

⁷³³ “O controle (incidental) de constitucionalidade a ser exercido pelo juiz de primeiro grau – ou mesmo pelo Tribunal/Turma Recursal – deve ter os olhos voltados para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, pois incumbe àquele órgão político garantir a supremacia da Constituição, o que se dá, inclusive, através da uniformização das interpretações judiciais acerca das questões constitucionais” (APPIO, Eduardo. Controle difuso de constitucionalidade, p. 42).

decisões de instâncias inferiores com os pronunciamentos emanados do Supremo Tribunal Federal⁷³⁴.

Por outro lado, os demais processos e questões submetidas à apreciação do STF (competências originárias e(ou) recursais ordinárias) não estão adstritos ao exame da repercussão geral, comportando, quando necessário, o controle incidental de constitucionalidade (como, aliás, caberia a qualquer outro juiz ou tribunal brasileiro). Assim, parece acertado concluir, provisoriamente, que o reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional deduzida no recurso extraordinário não pode descortinar as mesmas consequências advindas dos julgamentos dos demais processos afetos à competência recursal ordinária daquela Corte. Se a investigação da repercussão geral é pautada pela ideia de qualificar os pronunciamentos do Pretório Excelso, é lícito concluir que a projeção e o alcance destes julgados devem estar situados em outro patamar⁷³⁵. Afinal, cabe indagar: é ele (o Supremo) “de fato o órgão de cúpula de um Poder, dando as diretrizes gerais

⁷³⁴ “Daí, pois, a consecução da unidade do Direito pelo Supremo Tribunal Federal em uma dupla perspectiva: a uma, no plano da unidade retrospectiva, alcançada pela compatilização das decisões; a duas, no plano da unidade prospectiva, buscada pelo desenvolvimento de novas soluções aos problemas sociais. Como deve o Supremo Tribunal Federal desempenhar essa função? Examinando todas as questões que lhe são apresentadas ou apenas aquelas que lhe pareceram de maior impacto para obtenção da unidade do Direito? O pensamento jurídico contemporâneo inclina-se firmemente nesse segundo sentido. A simples ‘intenção da justiça quanto à decisão do caso jurídico concreto – e, com ela, também o interesse das partes na causa’, por si só não justifica a abertura de uma terceira (e, eventualmente, quarta) instância judiciária. O que o fundamenta, iniludivelmente, é o interesse na concreção da unidade do Direito: é a possibilidade que se adjudica à Corte Suprema de ‘*clarifier ou orienter le droit*’ em função ou a partir de determinada questão levada ao seu conhecimento. Daí a oportunidade e o inteiro acerto de instituir-se a repercussão geral da controvérsia constitucional afirmada no recurso extraordinário como requisito de admissibilidade desse. Tendo presentes essas coordenadas, a adoção de um mecanismo de filtragem recursal como a repercussão geral encontra-se em absoluta sintonia com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e, em especial, com o direito fundamental a um processo com duração razoável. Guardam-se as delongas inerentes à tramitação do recurso extraordinário apenas quando o seu conhecimento oferecer-se como um imperativo para a ótima realização da unidade do Direito no Estado Constitucional brasileiro. Resguardam-se, dessarte, a um só tempo, dois interesses: o interesse das partes na realização de processos jurisdicionais em tempo justo e o interesse da Justiça no exame de casos pelo Supremo Tribunal Federal apenas quando essa apreciação mostrar-se imprescindível para realização dos fins a que se dedica a alcançar a sociedade brasileira” (MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Repercussão geral no recurso extraordinário, p. 16-18).

⁷³⁵ A conclusão é endossada ainda por Ulisses S. VIANA: “Observe-se que sempre a decisão de mérito do recurso extraordinário terá eficácia erga omnes, decorrente da própria natureza da questão constitucional que necessita possuir repercussão geral. Também nos casos em que a matéria versada seja de natureza penal, decide-se a matéria ou questão penal constitucional objetiva. Não obstante, cuidar-se de situação envolvendo direito fundamental de liberdade, que supostamente demandaria tratamento subjetivo na proteção da liberdade individual” (VIANA, Ulisses Schwarz. Ob. Cit., p. 49).

da jurisprudência pátria, ou é só *mais um* tribunal, que apenas ‘revisa’ o trabalho de outros tribunais?”⁷³⁶.

Trata-se, por outro lado, de exteriorização visível do fenômeno atinente à aproximação entre as duas vertentes do controle de constitucionalidade brasileiro⁷³⁷. Como já foi dito, observa-se, atualmente, na esfera do controle de constitucionalidade brasileiro, o fenômeno da *subjetivação* dos processos objetivos e, em contrapartida, verifica-se a *objetivação* dos processos subjetivos⁷³⁸, com ênfase para a *transcendência*⁷³⁹ e *repercussão* da matéria ventilada na via do recurso extraordinário. Esta última vertente é rotulada como hipótese de “dessubjetivação das formas processuais” na leitura de Gilmar Ferreira MENDES, Inocência Mártires COELHO e Paulo Gustavo Gonet BRANCO⁷⁴⁰. Deveras, ao se cogitar ainda da possibilidade de edição de súmulas vinculantes por força da sedimentação dos pronunciamentos anteriores do Supremo Tribunal Federal, tem-se

⁷³⁶ BRAGHITTONI, R. Ives. Ob. Cit., p. 46.

⁷³⁷ “(...) malgrado o início de ambos os sistemas matrizes de controle de constitucionalidade tenham atendido a justificativas políticas e jurídicas diversas, a radical bipolaridade inicial hoje não mais subsiste. E esse ponto é de capital importância para o constitucionalismo brasileiro da contemporaneidade” (VIEIRA, Renato Stanzola. Ob. Cit., p. 80).

⁷³⁸ “Ao lado do processo de generalização dos efeitos, o STF promove também posterior legalização, o processo de objetivação nos julgamentos das demandas constitucionais, mediante a possibilidade de desvinculação do fato concreto, a relativização temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e a adoção do critério excludente de casos, repercussão geral no Recurso Extraordinário. Enfim, em termos gerais, podemos concluir que assistimos a uma generalização dos efeitos e objetivação dos julgamentos dos Recursos Extraordinários no Supremo Tribunal Federal, moldando-se o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro ao modelo europeu, no qual os sistemas divergem na forma de ingresso, mas unificam-se nos procedimentos e nos efeitos” (SANTANA, Izaías José. Ob. cit., p. 202).

⁷³⁹ “As decisões mais recentes do Supremo Tribunal Federal – especialmente as proferidas pelo Ministro Gilmar Mendes – têm emprestado efeito vinculante (até então exclusivo do controle concentrado ou abstrato) ao controle difuso (decisões que, em geral, emanam dos recursos extraordinários). O chamado ‘efeito transcendente’ rompe, em princípio, com a tradição que preconiza que somente a parte dispositiva do julgado vincula terceiros estranhos ao processo em concreto” (APPIO, Eduardo. Controle difuso de constitucionalidade, p. 18).

⁷⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocência Mártires, e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Ob. Cit., p. 1038.

que o mecanismo da repercussão geral das questões constitucionais conduz a uma nítida *conexão* entre o controle concentrado e o sistema difuso-incidental⁷⁴¹.

Forçoso reconhecer, dessa forma, que a exigência de demonstração da repercussão geral induz uma nova conformação subjetiva para o controle difuso de constitucionalidade⁷⁴². Ora, no julgamento do recurso extraordinário n.º 376.852-SC foi apontado que “esse instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva”⁷⁴³. Quando menos, pode-se dizer que – no percurso do julgamento do recurso extraordinário – a investigação concernente à repercussão geral das questões constitucionais assume uma índole *objetiva*. A partir

⁷⁴¹ “A combinação da súmula vinculante com o instituto aqui analisado da repercussão geral cria uma nítida conexão entre o modelo de controle difuso-concreto e o modelo abstrato-concentrado (cf. Tavares, 2004b: 56-58), aproximando aquele das características próprias deste último, o que talvez seja realmente o caminho mais apropriado para países que pretendam manter ambos os modelos concomitantemente” (TAVARES, André Ramos. A repercussão geral no recurso extraordinário. p. 219).

⁷⁴² Para Damares MEDINA, sequer-se de pode continuar a cogitar de controle *incidental* de constitucionalidade: “Ora, se o extravasamento dos interesses subjetivos das partes em litígio, no recurso extraordinário, tornou-se requisito imprescindível para a admissão do apelo extremo, não mais podemos dizer que se trata de hipótese de controle incidental de constitucionalidade. Tampouco se trata de um típico processo objetivo no qual irá se aferir a constitucionalidade em tese da lei ou ato normativo. A introdução do requisito da repercussão geral inaugurou uma nova forma de controle de constitucionalidade que se dará em um processo híbrido. Ora com feições objetivas (participação do ‘*amicus curiae*’, eficácia *erga omnes* e efeito vinculante da decisão), ora com feições subjetivas (os interesses concretos e subjetivos das partes em litígio moldaram o desenvolvimento do processo e estão em verdadeiro contencioso constitucional)” (MEDINA, Damares. Ob. Cit., p. 31). Na mesma linha se posiciona a observação de Dalton Santos MORAIS: “Nesse contexto, é que se vem lançando, tanto legislativamente, quanto doutrinária e jurisprudencialmente, as bases para um controle difuso abstrato de constitucionalidade, no qual as decisões emanadas pelo plenário do STF venham a ter eficácia geral e não restrita entre as partes, como forma de proteger efetivamente a Constituição, garantindo que a efetivação da decisão jurisdicional realize os valores da ‘segurança jurídica’ e da razoável duração do processo declarados pela própria Constituição de 1988. E a principal característica desta construção está relacionada com a caracterização da natureza objetiva do recurso extraordinário, o qual não deveria ser utilizado como mero instrumento de perseguição de direitos subjetivos das partes no processo judicial, mas sim como meio constitucionalmente estipulado para a preservação da própria Constituição vigente, posicionamento que o STF vem adotando reiteradamente” (MORAIS, Dalton Santos. Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. In **Revista de processo**. n.º 164. Ano 33, outubro 2008, Revista dos Tribunais. p. 198).

⁷⁴³ A tese em questão é corroborada academicamente na esfera da obra escrita em coautoria pelo Min. Gilmar Ferreira MENDES e por Ives G. da Silva MARTINS (Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n.º 9.868, de 10-11-1999, Ives Gandra da Silva MARTINS e Gilmar Ferreira MENDES, p. 106).

daí, é de se concluir que o reconhecimento da repercussão geral conferirá alto grau de abstração à questão constitucional controvertida⁷⁴⁴.

Por força do reconhecimento da *transcendência* e ainda da conexão estabelecida entre as duas vertentes do controle de constitucionalidade, talvez seja possível revisar algumas concepções e legados dos tratadistas clássicos⁷⁴⁵, retomando-se, nesse quadrante, a lição de James GOLDSCHMIDT, para fins de enquadrar o processo como uma “situação jurídica”⁷⁴⁶ e, não como uma “relação jurídica” (como hodiernamente o mesmo é concebido⁷⁴⁷). Como é de se notar, diversos óbices afastaram a doutrina do processo como *situação* jurídico-processual⁷⁴⁸; porém, não há exagero em afirmar que a complexidade e as

⁷⁴⁴ “Ademais, o julgamento de um processo com repercussão geral definirá todos os demais processos que versem sobre o mesmo tema (eficácia *erga omnes*), conferindo um alto grau de abstração à análise da questão constitucional controvertida. Esse dado aproxima, mais uma vez, as formas de controle de constitucionalidade, concentrando e objetivando o que, até então, conhecíamos como controle incidental (subjetivo)” (MEDINA, Damascos. Ob. Cit., p. 32).

⁷⁴⁵ Vide, nesse sentido: BRAGHITTONI, R. Ives. Ob. Cit., p. 49.

⁷⁴⁶ “O conceito de situação jurídica diferencia-se do de relação processual, no qual este não se encontra em relação alguma com o direito material, que constitui o objeto do processo, enquanto aquele designa a situação em que a parte se encontra com respeito ao seu direito material, quando o faz valer processualmente. É errôneo crer, por isso, que o conceito de ‘situação jurídica’ não é diferente do de relação processual, e por isso é impossível admitir que esta se desenvolva até chegar a ser uma ‘situação jurídica’; esta não é uma mera situação da relação processual, senão do direito material que constitui o objeto do processo. Também é equivocado discutir o valor do conceito de ‘situação jurídica’, uma vez que, graças a ele, determina-se não somente o conceito e caracteres dos direitos e ônus processuais, senão que dele emana o conceito de ‘atos de postulação’ e a peculiaridade de sua qualificação como ‘admissíveis’ e ‘fundamentados’, assim como a luz que clareia os conceitos de litisconsórcio especial, de sucessão processual, etc.” (GOLDSCHMIDT, James. **Direito processual civil**. Trad. Lisa Pary Scarpa, Campinas: Bookseller, 2003. p. 23).

⁷⁴⁷ “Tradicionalmente se tem concebido a relação jurídica processual como o vínculo, resultante do exercício do direito de ação, através do qual o Estado-juiz se obriga a dar solução a uma controvérsia jurídica concreta. Trata-se de noção herdada de BÜLOW, para quem o processo seria uma relação jurídica pública, pois os direitos e obrigações processuais aplicam-se entre funcionários do Estado e os cidadãos, que avançaria gradualmente e se desenvolveria passo a passo, enquanto a relação jurídica privada, que constituiria o objeto de debate judicial, apresentava-se totalmente concluída” (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Situações jurídicas processuais*. In **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Fredie Didier (Org.), Salvador: JusPodium, 2010, Vol. 2. p. 765).

⁷⁴⁸ “Foram diversos os motivos pelos quais a doutrina do processo como *situação jurídica processual* acabou por não se firmar. Dentre eles, destacam-se os seguintes: (i) essa teoria simplesmente ignora a posição e a função do órgão jurisdicional, uma vez que o juiz não é sujeito de qualquer situação jurídica (todas elas referem-se às partes); (ii) a situação jurídica, tal como configurada por Goldschmidt, não é, na verdade, o processo, mas sim o seu objeto; e (iii) o processo, ou as relações jurídicas que o compõem, não consistem em apenas *uma* situação jurídica, e sim em um *complexo* de situações jurídicas interligadas” (ABDO, Helena. *As situações jurídicas processuais e o processo civil contemporâneo*. In **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**, Fredie Didier (Org.), Salvador: JusPodium, 2010, Vol. 2. p. 341-342).

particularidades resultantes de um estado de *abstrativização* do processo permitem compreendê-lo como uma situação jurídica em certos quadrantes de julgamento. Aliás, de acordo com Daniel MITIDIERO, as concepções que resultaram na teoria da relação jurídico-processual pressupõem uma estaticidade que não condiz com a dinamicidade do processo e tampouco à temporalidade atual do procedimento⁷⁴⁹.

Dentro dessas perspectivas, oportuno ainda registrar o trabalho de Ulisses S. VIANA, que se propôs ao exame da cláusula da *repercussão geral* a partir dos parâmetros da teoria de Niklas LUHMANN. Assim, o autor desenvolve a ideia de que a repercussão geral da questão constitucional deverá servir de meio de observação dos acoplamentos estruturais entre o fenômeno jurídico e os demais subsistemas sociais. Com base nas categorias das expectativas *cognitivas* e das expectativas *normativas*, Ulisses S. VIANA trabalha com a temática *luhmaniana* de que os sistemas normativos podem estabelecer conexões capazes de conduzir a novas programações auto-referenciais⁷⁵⁰, com a conseqüente possibilidade de repercutirem nos campos da economia, da política, dos subsistemas de ordem social etc., harmonizando e preparando preventivamente eventuais conflitos:

É dizer, a repercussão amplia a função de o direito executar operações decisórias que devem ser capazes de produzir internalização autorreferencial pelos sistemas funcionais da sociedade como irritações – estímulos ou perturbações – intersistêmicas referidas a um mesmo evento, observadas pelos sistemas envolvidos. Mesmo evento que represente, em acoplamento estrutural, valor ou valores comuns ou complementares para dois ou mais sistemas parciais da sociedade. Fenômeno que está ligado ao processamento eficaz das irritações sistêmicas causadas por estímulos oriundos do ambiente (*Umwelt*). Nessa perspectiva, o procedimento da repercussão geral proverá o Supremo Tribunal Federal de instrumento de observação da gênese e da identificação de possíveis acoplamentos estruturais entre os sistemas abarcados pelos rótulos da repercussão geral da

⁷⁴⁹ MITIDIERO, Daniel. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 141.

⁷⁵⁰ “Coloca-se, desse modo, a repercussão geral no campo das possibilidades cognitivas do sistema do direito, em questões constitucionais. Por meio desse novo procedimento, o sistema parcial do direito adquire novos conhecimentos que serão nele internalizados de modo autorreferencial, os quais servirão para a produção de decisões sistêmicas no controle difuso de constitucionalidade. O que permitirá ao direito evoluir mediante a adequada operacionalização de seus programas condicionais (programas decisórios), com sua maior adaptação aos programas finalísticos dos sistemas funcionais do ambiente social. (...) A decisão do Supremo Tribunal Federal sobre questão constitucional relevante do ponto de vista econômico, contudo, deverá ser apta a construir cognição (construtivismo jurídico) na autorreferencialidade dos demais subsistemas funcionais, no sentido de potencializar seus efeitos decisórios – eficácia – pela ‘operacionalização’ de acoplamentos estruturais” (VIANA, Ulisses Schwarz. Ob. Cit., p. 126-131).

questão constitucional do ponto de vista de sua relevância econômica, política, jurídica e social. Deste modo, p. ex., o Supremo Tribunal Federal deverá avaliar juridicamente as possíveis irritações – negativas ou positivas – da decisão do recurso extraordinário objetivado (com repercussão geral) nas estruturas dos demais sistemas funcionais da sociedade. Como, p. ex., os reflexos de suas produções decisórias no âmbito do sistema funcional da economia, ao decidir sobre temas constitucionais com repercussão econômica⁷⁵¹.

Portanto, na perspectiva do raciocínio de Ulisses S. VIANA, pode-se cogitar que a conexão com as organizações e entidades representativas da sociedade civil (organizada ou não) servirá para conferir legitimidade *sistêmica*⁷⁵² às decisões produzidas pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, embora não se possa concordar com todas as premissas lançadas pelo interessante trabalho produzido pelo autor, é válido concluir que a interação com os demais subsistemas da sociedade brasileira deve começar pela viabilização dos canais procedimentais adequados, razão pela qual se insistiu nas etapas anteriores da pesquisa por uma maior participação dos *amici curiae* e demais segmentos afetados pela decisão constitucional.

3.2.2. A técnica de julgamento por amostragem e a prevalência dos fundamentos determinantes.

Conforme destacado, a Lei n.º 11.418/2006 estabeleceu a possibilidade de *sobrestamento* de recursos extraordinários versando idêntica matéria constitucional, permitindo a *seleção* de uma destas impugnações representativas da controvérsia, a qual seguirá para o exame e apreciação do Supremo Tribunal Federal. Repisando o que já foi dito, cuida-se de expediente semelhante ao do artigo 14 da Lei n.º

⁷⁵¹ VIANA, Ulisses Schwarz. Ob. Cit., p. 166.

⁷⁵² “Para Luhman, a legitimidade passa a ter uma leitura invertida, ou seja, é o procedimento que passa a ter o condão de ‘educar’ os participantes a aceitar a decisão, a ‘gerar legitimidade’. O sistema precisa inclusive fazer ‘propaganda’ das decisões de forma que a sociedade também seja educada a aceitá-las. Portanto, para Luhman, as pessoas ‘obedecem’ às leis porque o sistema jurídico se especializou em estabilizar expectativas de comportamento” (SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 60). Contudo, a crítica a ser dirigida a este tipo de compreensão reside no fato de que quando o sistema jurídico passa a ter a função de determinar soluções para os problemas sociais, personificando supostos valores de uma sociedade ou ditando as formas de vida correta, “o sistema jurídico está deixando de ter uma função normal para começar a colonizar o mundo da vida através de um processo de juridificação das relações sociais. Luhmann não percebe esta situação como negativa, nem admite que a sua seja uma postura ideológica. Além disso, não percebe a relação intrínseca que existe entre autonomia privada e autonomia pública” (SAAVEDRA, Giovani Agostini. Ob. Cit., p. 68).

10.259/2001, que permite a uniformização de interpretação da lei federal, quando houver decisões divergentes sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais que contrariem súmula ou jurisprudência dominante do STJ. É de se aceitar que tais diplomas legais serviram de inspiração para a edição da Lei n.º 11.672/2008⁷⁵³, que contemplou o mecanismo de *seletividade* e *retenção*, de modo a permitir ao STJ o julgamento por *amostragem* dos chamados recursos especiais *repetitivos*⁷⁵⁴, a partir do regramento concebido pelo art. 543-C do CPC.

Como é de se observar, a técnica empregada pelo art. 543-B do CPC é consentânea com o julgamento da “macro-lide”, razão pela qual, em se tratando de processos *multitudinários*, com feições *sanzonais*, torna-se altamente recomendável

⁷⁵³ “A racionalização do trâmite do recurso especial, contudo, já se iniciou, o que aliás se mostrava urgente, pois conforme declaração do presidente do STJ, Min. Humberto Gomes de Barros, no ano de 2007 aquela Corte julgou mais de 300 mil processos, sendo que 74% referentes a questões *já pacificadas* naquele Tribunal. E, o mais grave, o julgamento desses recursos meramente repetitivos gerou um gasto para o Judiciário correspondente a mais de R\$ 175 milhões. Por isso, enquanto não chega ao recurso especial o regime de transcendência já implantado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, inaugura-se a nova fase de *processamento racional* do recurso especial, com o advento da Lei 11.672, de 08.05.2008” (CAVALCANTE, Mantovanni Colares. Ob. Cit., p. 187).

⁷⁵⁴ Com efeito, o art. 543-C do CPC dispõe que “Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. § 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça. § 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. § 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia. § 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia. § 5º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias. § 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*. § 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça. § 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial. § 9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo”.

o emprego desse expediente com vistas à formação de uma jurisprudência estável⁷⁵⁵.

Além disso, conforme assinalado, o § 5º do art. 543-A do CPC dispõe que: “Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento interno do Supremo Tribunal Federal”. Sendo assim, após a manifestação pela *rejeição* da repercussão geral da questão constitucional ventilada, em relação aos demais casos que versem acerca da mesma matéria obstada torna-se dispensável nova manifestação do *quórum* qualificado⁷⁵⁶. Aliás, ao se rechaçar o enquadramento da questão constitucional por não se vislumbrar a ocorrência de repercussão geral, tem-se que - em relação aos recursos extraordinários subseqüentes que versem o mesmo tema -, é possível sustentar a incidência do art. 557 do CPC⁷⁵⁷.

⁷⁵⁵ “A ‘macro-lide’ vem a Juízo em vários processos idênticos, o que deve ser detectado por antecipação pelos tribunais, à observação do que ocorre nos graus inferiores de jurisdição, de modo aos tribunais estarem preparados para elas. São processos multitudinários previsíveis, decorrentes de negócios de bancos, prestadoras de serviços públicos, financiadoras, fornecedoras de serviços de saúde, grandes empresas e, principalmente, o Poder Público. A ‘macro-lide’ é forçosamente uma ‘lide sanzonal’, porque derivada de alguma etapa de ajustamento econômico, político, social ou legislativo do país – como ocorreu nos casos de correção monetária da inflação, bloqueio de ativos patrimoniais em contas bancárias e cadernetas de poupança, financiamentos habitacionais, contratos derivados de telefonia – no criminal, questões atinentes a regime de execução de pena, de admissão de prisão processual, de interpretação de direitos fundamentais, como a aplicação de tratados internacionais em ‘habeas corpus’ e outros casos conhecidos. Detectada a formação de uma ‘macro-lide’, como ‘lide sanzonal’, o sistema deve abrir passagem para o percurso célere das instâncias, mediante o ‘fast-track’ recursal: algo como abertura de linhas para o trem rápido que precisa passar depressa” (BENETI, Sidnei. Reformas de descongestionamento de tribunais. *In Estudos de direito constitucional em homenagem a Cesar Asfor Rocha (teoria da constituição, direitos fundamentais e jurisdição)*, Paulo Bonavides, Germana Moraes e Roberto Rosas (orgs.), Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Editora Renovar, 2009. p. 513)

⁷⁵⁶ Antes do advento da Lei n.º 11.418/2006, Luiz Manoel GOMES JUNIOR registrou que: “Aspecto importante, levando-se em consideração a necessidade de ser agilizado o processamento dos recursos, reside na hipótese de determinada questão já ter sido objeto de análise pelo colegiado que a teve como não relevante. Haverá necessidade que o relator novamente submeta idêntico tema à apreciação do colegiado? Entendemos que não. A regra constitucional exige que o colegiado rejeite a alegação, mas não necessariamente em todos os processos onde a mesma questão seja objeto de verificação, sob pena de prestigiar uma repetição enfadonha e desnecessária que não trará qualquer benefício. De qualquer modo, tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça julgam com base, principalmente, em seus precedentes” (GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Ob. cit., p. 94).

⁷⁵⁷ “É claro que a lei regulamentadora – embora isso não seja aconselhável e adequado constitucionalmente – buscará colmatar as lacunas deixadas pelo legislador constituinte. Além disto, tudo está a indicar que a exigência da comprovação da ‘repercussão geral’, será utilizada em conjunto com o efeito vinculante dado às súmulas, inclusive, por certo, com a edição de súmulas que cuidem exatamente de alguns temas ligados à repercussão geral, como por exemplo, uma – de provável emissão – que trate da ‘desnecessidade de o relator do recurso submeter ao plenário

Note-se, portanto, que os institutos mencionados não substanciam apenas meios impeditivos de recursos voltados a desafogar o Supremo Tribunal. Em última análise, são medidas consentâneas com a pretendida *funcionalidade* do controle de constitucionalidade e que se coadunam com a *mutação* do papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal no ordenamento jurídico nacional.

Afinal, a restrição quanto ao efeito vinculante na seara do controle difuso representa, por certo, uma das mazelas enfrentadas pelo sistema jurisdicional atual, redundando, assim, em consequências conhecidas: sobrecarga de processos e divergência jurisprudencial infundada. Até o advento da EC n.º 45/2004, o Supremo Tribunal Federal jamais esteve autorizado a selecionar os feitos em função da *relevância* ou *transcendência* da matéria, circunstância esta que o transformava numa espécie de órgão de quarta instância, obrigado a pronunciar-se em tantos recursos quantos fossem protocolados, desde que atendidos os demais pressupostos de cabimento recursais. Tal constatação foi capitaneada por Eduardo APPIO:

A função do Supremo foi corretamente realocada, já que vinha ocupando espaço destinado a uma quarta instância recursal, não raro se debatendo com questões sem qualquer importância no cenário político e social do país. A própria jurisprudência do Supremo - impulsionada pelo fato de que a Constituição de 1988 identificou o acesso ao STF como um verdadeiro direito (fundamental) do cidadão e não o exercício de uma discricionariedade política da Corte - caminhava para ampliar, cada vez mais, o número de feitos que, a cada ano, chegavam até Brasília, vulgarizando-se a função política do STF.⁷⁵⁸

Ora, considerando que, no atual estágio de desenvolvimento da doutrina processual brasileira, discute-se até mesmo a conformação do postulado do duplo

matéria em que já haja pronunciamento deste no sentido da inexistência de repercussão geral', e outros temas que evitem exatamente aquilo que a reforma busca revolver: a repetição de questões. A doutrina, entretanto, deverá estar atenta, para que, tanto o poder de emitir súmulas vinculantes como o de examinar a dimensão das 'repercussões gerais das questões constitucionais', não transforme o Supremo Tribunal Federal em um poder acima de todos os demais, legislando através das súmulas e estabelecendo, de forma discricionária, os limites das matérias que irá julgar, obstaculizando, assim, a devida oxigenação da jurisprudência". (STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica, p. 134)

⁷⁵⁸ APPIO, Eduardo. Controle difuso de constitucionalidade, p. 18.

grau⁷⁵⁹ de jurisdição em prol da funcionalidade e celeridade da atuação jurisdicional⁷⁶⁰, parece aceitável compreender, em homenagem à tempestividade da tutela jurisdicional, que as transformações nas funções do Supremo Tribunal Federal⁷⁶¹ são fundamentais ao aprimoramento do sistema de controle de constitucionalidade⁷⁶². Ou seja, nessa perspectiva, as instâncias superiores passam

⁷⁵⁹ Aliás, conforme anotado por Luiz Guilherme MARINONI, torna-se até mesmo curiosa a ênfase conferida ao duplo grau, atrelada aos influxos da Revolução francesa, pois, se o juiz deve apenas declarar as palavras da lei, não há razão para se ter dois juízos repetitivos sobre o mérito: “Ainda que a ideia de submeter o juiz à letra da lei tenha constituído mero sonho da Revolução Francesa, não há dúvida que, em tese, a segurança jurídica seria proporcionada por um sistema judicial em que o magistrado apenas aplica a letra da lei. (...) Porém, considerando-se esta situação, torna-se curiosa a ênfase que o *civil law* deu ao duplo grau de jurisdição. Ora, se o juiz apenas pode declarar as palavras da lei, não há razão para se ter dois juízos repetitivos sobre o mérito” (MARINONI, Luiz Guilherme. A segurança jurídica como fundamento do respeito aos precedentes, p. 63).

⁷⁶⁰ Com efeito, Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio Cruz ARENHART observam que “o legislador infraconstitucional *não está obrigado a estabelecer, para toda e qualquer causa, uma dupla revisão em relação ao mérito, principalmente porque a própria Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXV, garante a todos o direito à tutela jurisdicional tempestiva, direito este que não pode deixar de ser levado em consideração quando se pensa em ‘garantir’ a segurança da parte através da instituição da ‘dupla revisão’*” (**Curso de processo civil, volume 2: processo de conhecimento** / Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, 6ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 497). Vide ainda, neste sentido: (i) TICIANELLI, Maria Fernanda Rossi. **Princípio do duplo grau de jurisdição**. Curitiba: Juruá, 2005; e, (ii) MELLO, Marco Aurélio de. Considerações acerca da competência originária e recursal do supremo tribunal federal. *In Estudos de direito constitucional em homenagem a Cesar Asfor Rocha (teoria da constituição, direitos fundamentais e jurisdição)*, Paulo Bonavides, Germana Moraes e Roberto Rosas (orgs.), Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Editora Renovar, 2009. p. 465.

⁷⁶¹ “Talvez, em vez disso que hoje se vê (e sempre se viu no STF), fosse possível criar um *círculo virtuoso* em que o Supremo, em vez de julgar ‘tudo’, julgasse, como corte constitucional, apenas o que é importante para o país inteiro. Imbuído de tal missão, o *próprio Supremo* é que decidiria quais causas mereceriam seu julgamento. Com a redução do número de causas, cresceria, na mesma proporção, a exigência de efetiva relevância destas – e também o cuidado no julgamento de cada uma, tanto quanto a atenção e a cobrança da sociedade” (BRAGHITTONI, R. Ives. Ob. Cit., p. 50).

⁷⁶² Comentando a indefinição dos países latino-americanos na implantação de uma Corte Constitucional nos moldes americano ou europeu, tem-se a posição de Louis FAVOREAU: “Em matéria de justiça constitucional, os países da América Latina não fizeram a escolha entre os modelos estadunidense e europeu: fizeram coexistir o controle concentrado e o controle difuso. Mesmo quando parecem ter optado pelo sistema da Corte Constitucional, como no Chile, constatamos que esta, na realidade, está estruturalmente ligada à Corte Suprema, sendo uma parte de seus membros simultaneamente juízes destas” (FAVOREU, Louis. Ob. Cit., p. 131).

a ser compreendidas como uma prerrogativa a serviço do sistema processual⁷⁶³. Trata-se, assim, de premissa consentânea com o pensamento do constitucionalista alemão Friedrich MULLER, o qual empreendeu estudo sobre os *deficits* apresentados pela jurisdição constitucional brasileira:

O Tribunal constitucional da federação (STF) deveria ser transformado em corte especificamente, exclusivamente constitucional. Em 1988, ele infelizmente foi dimensionado segundo o modelo norte-americano do *Supreme Court*. Isso conduz, no plano técnico, a uma sobrecarga grotesca que não pode subsistir nesses termos. (...) é necessário reduzir drasticamente o volume de processos do STF. (...) A redução do excesso de serviço se dá (...) mediante a restrição clara de suas competências a casos de natureza puramente constitucional. (...) A desproporção, fundamentada, sobretudo, no excesso de litigiosidade, obriga a uma reconfiguração do sistema brasileiro de interposição de recursos...⁷⁶⁴

Em suma: consoante parece ter sido assimilado pela doutrina nacional, o Supremo Tribunal Federal não pode estar fadado ao papel de instância final na *via crucis* recursal⁷⁶⁵. Não se trata, ademais, de uma simples instância colegiada, cujos pronunciamentos podem ou não comportar observância pelos demais órgãos jurisdicionais brasileiros. Não se pode ignorar que, acaso essas decisões proferidas no controle difuso fossem revestidas de efeitos vinculantes, por certo os jurisdicionados teriam maior *calculabilidade* e *previsibilidade* quanto à possibilidade de êxito em certas demandas, o que, por si só, pode contribuir para a diminuição na quantidade de recursos. Recorde-se, como visto no início, que ao julgar recursos extraordinários, o STF não pode incursionar no campo fático-probatório para fins de formar uma nova compreensão dos fatos, razão pela qual, a seletividade de

⁷⁶³ "Não é ótimo deixar as cortes superiores, e particularmente o Supremo, refém de causas que pouco ou nada dizem para aqueles que delas não participam. É perfeitamente lícito – e, acresceríamos, *recomendável* e *preferível* mesmo – que o julgamento pelo Supremo não seja um 'direito' das partes, mas uma prerrogativa do próprio Tribunal. Há quem diga que nem mesmo a segunda instância é um 'direito', já que, para estes, o duplo grau de jurisdição não é garantia constitucional; sendo ou não, é perfeitamente cabível que se entenda que *apenas* o duplo grau de jurisdição é um direito – e que os graus superiores compõem *uma prerrogativa a serviço do sistema*" (BRAGHITTONI, R. Ives. Ob. Cit., p. 49).

⁷⁶⁴ MULLER, Friedrich. Dez propostas para a reforma do judiciário na republica federativa do Brasil. *In Revista latino-americana de estudos constitucionais*. São Paulo, nº. 04, p. 13/23, jul/dez. 2004. p.15-16.

juízo de passagem, a distinção as hipóteses singulares da demanda, com o juízo de subsunção voltado à aplicação ou não do comando normativo abstrato, é tarefa que deve ficar a cargo das instâncias ordinárias.

Assim, ao se advogar em prol da diminuição no emprego de recursos interpostos, acompanhando Luiz Guilherme MARINONI, faz-se oportuno registrar a incoerência entre a *mitificação* do duplo grau de jurisdição e ausência de respeito às decisões dos tribunais superiores⁷⁶⁶. Ora, parece acertado concluir que o desenvolvimento de uma cultura *precedentalista*, com o prestígio das decisões pacificadas dos tribunais superiores, por certo poderá contribuir para a diminuição da quantidade de recursos que venham a ser interpostos⁷⁶⁷. Não por outra razão e apesar de revelar um indisfarçável cetiscismo sobre o assunto, José Carlos Barbosa

⁷⁶⁵ "Passamos a ter, então, não apenas um Poder Judiciário livre como nunca se viu em país algum, mas também um poder estruturado para respeitar o duplo grau de jurisdição e caracterizado pela existência de tribunais superiores que em muitos momentos passaram a constituir um verdadeiro terceiro grau de jurisdição, transformando o STF do derradeiro grau desta *via crucis*" (LAMY, Eduardo de Avelar. Op. cit., p. 171).

⁷⁶⁶ "No direito brasileiro contemporâneo há uma absurda e curiosa não percepção da contradição existente entre a mitificação do duplo grau e a ausência de respeito às decisões dos tribunais superiores. De forma acrílica, ao mesmo tempo em que se vê na obrigatoriedade dos precedentes um atentado contra a liberdade do juiz, celebra-se o duplo grau de jurisdição como garantia de justiça. (...) De modo que somente uma ingenuidade indesculpável poderia sustentar a ideia de que o duplo grau de jurisdição constitui princípio fundamental de justiça, e até mesmo garantia constitucional, e, ao mesmo tempo, aprovar a tese de que o juiz de primeiro grau deve ter liberdade para decidir de forma contrária ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal" (MARINONI, Luiz Guilherme. A segurança jurídica como fundamento do respeito aos precedentes, p. 64-65).

⁷⁶⁷ "Sob outro viés, a aplicação da teoria do precedente obrigatório também contribui para o desafogamento da máquina judiciária e, por via reflexa, com a celeridade processual. E isso porque, a partir do momento em que haja a convicção de que os precedentes do Supremo Tribunal Federal serão aplicados, os jurisdicionados tenderão a evitar o aforamento de demandas baseadas em argumentos que sabem superados ou já enfrentados pela Suprema Corte, permitindo que os juízes se atenham aos casos em que realmente haja controvérsia sobre a aplicação do Direito e da Constituição" (SILVA, Lucas Cavalcanti da. Controle difuso de constitucionalidade e o respeito aos precedentes do STF. *In A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR* / Coordenador Luiz Guilherme Marinoni, Salvador: JusPodium, 2010. p. 156).

MOREIRA comenta que as “súmulas vinculantes” podem contribuir, em tese, para uma diminuição na sobrecarga de trabalho do Judiciário⁷⁶⁸.

Além disso, embora não seja o caso de aceitar certos postulados das teorias contemporâneas referentes à análise econômica do direito⁷⁶⁹, não há que se olvidar que o enfrentamento dos processos *repetitivos* (*multitudinários*) produz reflexos financeiro-orçamentários relevantes. Para os adeptos da análise econômica do direito, os litigantes são agentes econômicos racionais e, como tal, implementarão suas ações a partir da análise probabilística de ganhos. Ora, “se os custos processuais e os ônus sucumbenciais forem baixos e os precedentes judiciais erráticos, o sistema processual poderá criar incentivos à propositura de ações descabidas”⁷⁷⁰.

Logo, por este prisma, parece acertado concluir que a uniformização jurisprudencial significa desencorajar certos recursos que podem vir a sorver a disponibilização orçamentária de custeio do Poder Judiciário⁷⁷¹. Assim, para Luciano Benetti TIMM e Manoel Gustavo NEUBARTH, o exame da repercussão geral permite “a gestão eficiente dos recursos públicos, evitando rediscussões que já tenham sido enfrentadas pelo STF, seja admitindo sua repercussão geral, seja negando-a,

⁷⁶⁸ “É desejar com fervor que se vejam concretizadas, a esse respeito, as róseas esperanças de muitos. Parece lógico o raciocínio subjacente: atenta a improbabilidade (para não dizer a impossibilidade) de vitória, deixarão de ser ajuizadas quaisquer causas em que se faria necessário sustentar tese jurídica incompatível com a ‘súmula vinculante’. O conseqüente alívio na carga de trabalho permitirá que juízes e tribunais realizem mais depressa as tarefas que lhes incumbem: menos processos, mais rapidez. Sem nenhum intuito de desempenhar o antipático papel de ‘desmanha-prazeres’, tomamos a liberdade de registrar que a experiência dos Estados Unidos – vistos como *habitat* por excelência dos ‘precedentes vinculantes’ – não confirma por inteiro, ao contrário do que às vezes se supõe, tão otimísticas expectativas” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. *In Revista Dialética de Direito Processual Civil*, São Paulo, vol. 27, jun. 2005. p. 56).

⁷⁶⁹ Cabe o registro que John RAWLS já havia defendido a primazia dos princípios de justiça em relação à ideia economicista de eficiência e vantagens econômicas (RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*, São Paulo: Martins Fontes, 2002).

⁷⁷⁰ TIMM, Luciano Benetti; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. As recentes alterações legislativas sobre os recursos aos tribunais superiores: a repercussão geral e os processos repetitivos sob a ótica da *law and economics*. *In Revista de Processo*. Revista dos Tribunais, n.º 178, a 34, dezembro/2009. p. 155.

⁷⁷¹ “Portanto, as decisões dos Tribunais Superiores, além de servirem de orientação para órgãos judicantes de instâncias inferiores, também servem de paradigma para o comportamento processual dos litigantes e até mesmo para a sociedade de modo geral, influenciando consistentemente nos custos de transação e na assimetria de informação e, assim, na eficiência social e econômica” (TIMM, Luciano Benetti; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. Ob. Cit., p. 167).

impondo medidas de coordenação entre os tribunais de apelação e o Tribunal Superior”⁷⁷². Para esses autores, intensificar o caráter de bem público das decisões exaradas pelos tribunais superiores poderá contribuir para a racionalização do processo, tornando-o mais célere e otimizado, além de reduzir o gasto estatal⁷⁷³.

Cuida-se, por esse viés, de privilegiar questões de “ordem prática”, pois, nas palavras de Teori Albino ZAVASCKI, “se a norma é aplicável a um número indefinido de situações, não faz sentido repetir, para cada uma delas, o mesmo julgamento sobre a questão constitucional já resolvida em oportunidade anterior”⁷⁷⁴. De qualquer sorte, reiterando o que já foi dito, está a se defender que a diminuição do volume de trabalho⁷⁷⁵ não é o objetivo precípuo da adoção do efeito vinculante na seara do controle difuso⁷⁷⁶. Com efeito, o respeito aos fundamentos determinantes da decisão constitucional (*ratio decidendi*) guarda importantes projeções no tocante ao resguardo da isonomia e ainda no que diz respeito ao princípio da não surpresa (proteção da confiança). Trata-se, então, de advogar em prol de um sistema que abstraía a gênese do que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal (*ratio*

⁷⁷² TIMM, Luciano Benetti; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. Ob. Cit., p. 168-169.

⁷⁷³ “Por fim, importa reconhecer que o devido reconhecimento da função de bem público das decisões dos Tribunais Superiores, conforme anteriormente descrito, pode contribuir para o aprimoramento do sistema de incentivos que se constitui atividade jurisdicional, o que deverá auxiliar na busca da eficiência do comportamento processual, social e econômico” (TIMM, Luciano Benetti; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. Ob. Cit., p. 178).

⁷⁷⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. Ob. Cit., p. 26.

⁷⁷⁵ “Não constitui, porém, instrumento voltado especificamente à redução do número de processos e à agilização de sua tramitação no Poder Judiciário, embora possa reflexamente contribuir para tal objetivo” (LEAL, Roger Stiefelmann. Ob. Cit., p. 182). Com efeito, para Ulisses Schwarz VIANA, “a repercussão geral implica um passo adiante, no sentido da objetivação do controle incidental ou difuso de normas no sistema constitucional brasileiro. Essa mudança de paradigma conduz à superação da ênfase subjetivista, do recurso extraordinário como meio de solução de conflitos intersubjetivos, e passa a deixá-lo em plano secundário, passando a enfocar primeiramente o aspecto coletivo, qual seja o de ‘assegurar o Direito Constitucional objetivo’” (VIANA, Ulisses Schwarz. Ob. Cit., p. 23).

decidendi), a partir da estrutura de cooperação propiciada pela conjugação dos melhores argumentos. Daí porque, reiterar-se, a força vinculante dos julgados do STF como decorrência dos pronunciamentos exarados no controle difuso é salutar para a garantia da segurança jurídica e da isonomia. Ora, não se pode aceitar que a mesma questão constitucional enfrentada pelo STF possa estar amoldada de forma diversa em outros processos subjetivos, com a miríade de fatores processuais capaz de obstar a revisão deste tipo de pronunciamento. Há que se aceitar que são inúmeras as situações emblemáticas envolvendo problemas formais com a admissibilidade do recurso extraordinário, desinteresse das partes, despreparo dos advogados, impossibilidade com dispêndio de custas processuais etc. Afinal, diante da fragmentação de julgados presentes na realidade brasileira, nem todos os jurisdicionados afetados pelas orientações destoantes dos posicionamentos dos Tribunais Superiores poderão impugná-los⁷⁷⁷.

Cabe recordar ainda que, na experiência nacional não é permitida a mera *suspensão* dos processos intersubjetivos, com a submissão do tema ou controvérsia

⁷⁷⁶ Oportuno transcrever, nesse sentido, a conclusão de Eduardo CAMBI a respeito da veiculação da exigência da repercussão geral no âmbito do recurso extraordinário: "A introdução do § 3º do art. 102 da CF, mais do que servir como um critério formal de redução do volume de trabalho do STF, deve se prestar como um instrumento de aperfeiçoamento da jurisdição constitucional, reconhecendo mesmo no controle difuso da constitucionalidade um importante mecanismo de participação por intermédio do processo civil". (CAMBI, Eduardo. Critério da transcendência para a admissibilidade do recurso extraordinário (art. 102, § 3º da CF): entre a autocontenção e o ativismo do STF no contexto da legitimação democrática da jurisdição constitucional. *In Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n.º 45/2004* / Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier ... [et. al.], São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 164).

⁷⁷⁷ "No sistema da *commow law* costuma ser dito que a força vinculante dos holdings (máximas contidas nos julgamentos) propicia a quádrupla vantagem expressa nas palavras igualdade – segurança – economia – respeitabilidade. Vendo agora o avesso representado pela imensa fragmentação de julgados presente na realidade brasileira, tem-se que os julgamentos repetitivos e absolutamente desvinculados residem fatores que podem comprometer cada um desses ideais de boa justiça, porque (a) somente os que puderem e se animarem a subir ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça poderão afastar de si os julgamentos desfavoráveis suportados nas instâncias locais; (b) por isso mesmo ou por outros fatores, reinará sempre entre os jurisdicionados alguma incerteza sobre o futuro dos litígios em que se acham envolvidos; (c) o Poder Judiciário prossegue envolvido em um trabalho inútil e repetitivo, quando poderia liberar-se da carga de repetição e dedicar-se com maior proeficiência e celeridade a outros casos; e (d) as decisões do órgão competente para dada matéria ficariam sempre prestigiadas, prevalecendo soberanas e com homogeneidade em todos os casos" (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001. Tomo II. p. 1.126-1.127).

constitucional à Corte Suprema, tal como se revela possível na Itália e Alemanha⁷⁷⁸. Tampouco se pode confundir o exame incidental da questão constitucional transferido para as Cortes Constitucionais daqueles países com o mecanismo contemplado no art. 543-B do CPC (“multiplicidade de recursos extraordinários”, versando a mesma matéria).

Desse modo, o alcance de *status* similar ao das partes envolvidas no processo em que foi exercido o controle difuso por parte do Supremo Tribunal Federal não pode ficar ao alvedrio de fatores exógenos, razão pela qual a expansão do efeito vinculante pode ser justificada para o resguardo de interesses similares dos demais jurisdicionados submetidos à mesma questão constitucional.

Sendo assim, o efeito vinculante pode ser justificado a partir do papel protagonista desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal na seara da jurisdição constitucional (não se trata apenas de **mais** um tribunal colegial⁷⁷⁹) e da exigência de equilíbrio entre os Poderes constituídos da República, em que as ingerências recíprocas nas funções típicas são condizentes com as tensões permanentes do

⁷⁷⁸ “Contudo, na Itália como na Alemanha, diferentemente da Austría, *todos os juízes comuns, mesmo aqueles inferiores*, encontrando-se diante de uma lei que eles considerem contrária à Constituição, em vez de serem passivamente obrigados a aplicá-la, têm, ao contrário, o poder (e o dever) de submeter a questão da constitucionalidade à Corte Constitucional, a fim de que seja decidida por esta, com eficácia vinculatória. Em síntese, todos os juízes, e não apenas os juízes superiores, são legitimados a dirigir-se à Corte Constitucional, limitadamente às leis relevantes nos casos concretos submetidos a seu julgamento; e este julgamento será *suspense*, enquanto a Corte Constitucional não tiver decidido a questão prejudicial de constitucionalidade” (CAPPELLETTI, Mauro. Ob. Cit., p. 109).

⁷⁷⁹ Corroborando tal raciocínio, tem-se a posição de Calmon de PASSOS, destacando a necessidade de observância dos posicionamentos assentes nos Tribunais Superiores: “Coisa bem diversa ocorre, a meu ver, quando se trata de decisão tomada pelo tribunal superior em sua plenitude e com vistas à fixação de um entendimento que balize seus próprios julgamentos. O tribunal se impõe diretrizes para seus julgamentos e necessariamente as coloca, também, para os julgadores de instâncias inferiores. Aqui a força vinculante dessa decisão é essencial e indescartável, *sob pena de retirar-se dos tribunais superiores justamente a função que os justifica*. Pouco importa o nome de que elas se revistam – súmulas, súmulas vinculantes, jurisprudência dominante ou o que for – obrigam. Um pouco à semelhança da função legislativa, põe-se, com elas, uma norma de caráter geral, abstrata, só que de natureza interpretativa. (...) Talvez só porque, infelizmente, no Brasil pós-1988 se adquiriu a urticária do ‘autonomismo’, e todo mundo é comandante e ninguém é soldado, todo mundo é malho e ninguém é bigorna, talvez por isso se tenha tornado tema passional o problema da súmula vinculante. E isso eu percebi muito cedo, quando, falando para juízes federais sobre a irrecusabilidade da força vinculante de algumas decisões de tribunais superiores, um deles, jovem, inteligente, vibrante, me interpelou: Professor Calmon, e onde fica a minha liberdade de consciência e o meu sentido de justiça? Respondi-lhe, na oportunidade, o que aqui consigno. Esta mesma pergunta não seria formulável, validamente, pelos que, vencidos, sofrem os efeitos da decisão que lhes repugna o senso moral e lhes mutila a liberdade? Por que os juízes poderiam nos torturar e estariam livres de ser torturados por um sistema jurídico capaz de oferecer alguma segurança aos jurisdicionados?” (PASSOS, J.J. Calmon de. **Súmula vinculante**. In Revista do Tribunal Regional da 1ª Região, v. 9, n.º 1, p. 163-176, jan-mar. 1997).

jogo social e político. Ora, se é verdadeira a assertiva de que a adoção do efeito vinculante pode resultar em afronta ao princípio da separação de poderes, também é certo que a subserviência prestada à discricionariedade política do Senado Federal (em suspender ou não os efeitos da lei ou ato normativo reputado inconstitucional, na forma do art. 52, X, da Constituição) igualmente pode ser considerada fator de desequilíbrio no contexto da tripartição das funções.

3.2.3. Recurso extraordinário e efeito vinculante: a exigência de observância de um contraditório *fluido*.

Conforme assentado até aqui, deve restar assegurada no cenário do controle difuso de constitucionalidade a possibilidade de ampla participação dos grupos de classe, categorias e entidades representativas, que venham a guardar *pertinência temática* com os temas constitucionais selecionados pelo filtro qualitativo da repercussão geral. Cabe reiterar que as manifestações de *amici curiae* são comprometidas com certos interesses versados nos processos *subjetivos*, contribuindo para o debate entre o juiz e os possíveis alcançados pela decisão constitucional⁷⁸⁰.

Objetiva-se, por conseguinte, descortinar o horizonte do debate, razão pela qual pode-se cogitar aí de uma dimensão do princípio da *contributividade*, como consectário do postulado do contraditório. Pode-se afirmar que, na atualidade, a amplitude do contraditório é definida por duas tendências que norteiam o processo: a *cooperação* e a efetiva possibilidade de *participação* no processo de construção da decisão judicial⁷⁸¹.

⁷⁸⁰ "A figura do *amicus curiae* apresenta-se como salutar instrumento de democratização processual, que permite um maior diálogo entre juiz e interessados. O contraditório, assim, torna-se mais efetivo e a decisão passa a se revestir de uma maior aceitação social. Permite-se, com a intervenção, o aporte de novos elementos, contribuindo para uma mais adequada verificação acerca da real magnitude da questão constitucional discutida" (AZEM, Guilherme Beux Nassif. Ob. Cit., p. 124).

⁷⁸¹ "A cooperação constitui garantia não apenas das partes, mas da própria função jurisdicional, assegurando as primeiras a possibilidade efetiva e plena de sustentarem suas razões e produzirem suas provas, enfim, de colaborarem concretamente na formação da convicção do juiz ao mesmo tempo em que garante a regularidade do processo, a imparcialidade do juiz e a justiça nas decisões" (LUMMERTZ, Henry Gonçalves. O princípio do contraditório no processo civil e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In **Processo e constituição**, Organizador Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Rio de Janeiro : Forense, 2004. p. 56).

Sob a perspectiva da *colaboração*, o princípio do contraditório se traduz na exposição dialógica de razões e argumentos. Afinal, o diálogo judicial, travado nos moldes do método dialético, com as partes e o órgão judicial colaborando para a formação do provimento jurisdicional, “revela-se o único instrumento apto a fazer frente a uma realidade marcada por conflitos de valores e pela imprecisão e elasticidade dos conceitos, notas do pós-modernismo, possibilitando uma análise mais completa da causa, atenuando o perigo de opiniões pré-estabelecidas, bem como a formação de um juízo mais aberto e ponderado”⁷⁸².

Por tais razões, é possível sustentar que a *cooperação* viabilizada por meio de *amicus curiae*⁷⁸³ permite a efetivação de um contraditório *fluído*, diverso da defesa meramente *formal* do ato inquinado de inconstitucionalidade. Com efeito, a alusão à exigência deste contraditório mínimo é absolutamente consentânea com o alcance da decisão constitucional, pois, no cenário interno, a mera defesa da constitucionalidade do dispositivo de lei ou ato normativo observada no controle concentrado, a cargo da Advocacia Geral da União (CF/88, art. 103, § 3º⁷⁸⁴, e Lei n.º 9.868/99, art. 8º), substancia manifestação de índole *compulsória*, que pode não expressar adequadamente os interesses velados de grupos, classes ou categorias de pessoas possivelmente afetadas pela decisão a ser prolatada pelo Supremo Tribunal Federal. Afinal, “quem precisa de contraditório não é a regra impugnada em si mesma considerada. É seu destinatário – sociedade civil ou Estado – que, por intermédio de alguém (o *amicus*), consegue *dialogar* com o prolator da decisão, forte

⁷⁸² LUMMERTZ, Henry Gonçalves. Ob. Cit., p. 57.

⁷⁸³ “A nosso ver, a relação entre o ‘princípio da cooperação’ e o *amicus curiae* mostra sua face mais visível na exata medida em que se reconhece a necessária interação do juiz com as partes – ou com outros sujeitos que possam atuar, de alguma forma, no processo – em busca de melhor aproximação e, portanto, mais completa definição dos temas e matérias que deverão ser necessariamente enfrentados pelo magistrado ao julgar o objeto litigioso. A *cooperação* no sentido do diálogo, no sentido de troca de informações possíveis e necessárias para *melhor* decidir, é a própria face do *amicus curiae*, desde suas origens mais remotas. Assim, em função dessa *cooperação*, desenvolvimento e atualização do princípio do contraditório, realiza-se, também, a necessidade de as informações úteis para o julgamento da causa serem devidamente levadas ao conhecimento do magistrado, viabilizando, com isso, que ele melhor absorva e, portanto, realize em concreto os valores dispersos pelo próprio Estado e pela sociedade” (BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. Cit., p. 56).

⁷⁸⁴ “Art. 103. (...) § 3º. Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado”.

nos efeitos e nas conseqüências que qualquer decisão a ser proferida pelos tribunais terá para a sociedade civil”⁷⁸⁵.

Interessante ressaltar que, em certa medida, a idéia de um contraditório *fluido* estava subjacente ao modelo concentrado idealizado por Kelsen. Com efeito, a concepção kelseniana defendia que, além de se permitir a participação da autoridade responsável pelo ato impugnado, reputado inconstitucional, dever-se-ia possibilitar a convocação dos particulares diretamente interessados na matéria versada na controvérsia⁷⁸⁶. Tem-se aí uma projeção velada do princípio da participação no processo, consectário do postulado constitucional do contraditório, permitindo que as vozes afetadas pelo debate descortinado possam se expressar pela defesa ou hostilização do ato reputado incompatível com a Constituição. Não por outra razão, Cândido Rangel DINAMARCO observou que o processo deve ser entendido como um verdadeiro “microcosmos” do Estado Democrático de Direito⁷⁸⁷.

Por tais razões é que se impõe uma maior reflexão em torno dos critérios *representatividade* e *relevância* extraídos da Lei n.º 9.868/1999, no tocante à aceitação de *amici curiae*, ao mesmo tempo em que ressurgem a importância de considerá-los dentro de uma perspectiva de participação *engajada*. Com efeito, a necessidade de prévia e plural manifestação da sociedade civil no contencioso

⁷⁸⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. Cit., p. 82-83.

⁷⁸⁶ Com efeito, o próprio Kelsen defendeu que a possibilidade de *participação* do particular “interessado no litígio”: “Deveriam ser associados ao procedimento de controle: a autoridade cujo ato é contestado, para permitir que defenda sua regularidade; a instância de que emana o pedido; eventualmente também o particular interessado no litígio diante do tribunal ou da autoridade administrativa que deu ensejo ao processo de controle, ou o particular que tinha o direito de levar imediatamente o ato ao tribunal constitucional. A autoridade seria representada pelo chefe hierárquico, pelo presidente ou por um dos funcionários, se possível versado em direito. Quanto aos indivíduos, seria bom tornar obrigatória a constituição de advogado, devido ao caráter eminentemente jurídico do litígio” (Kelsen, Hans. Ob. Cit., p. 177).

⁷⁸⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994. p. 312.

constitucional pode ser visualizada como um contraponto em relação à tendência de expansão do efeito vinculante⁷⁸⁸.

Nessas condições, trata-se de garantir um ambiente *igualitário*, capaz de permitir a ampla manifestação dos interesses *antagonizados* na discussão constitucional⁷⁸⁹. É neste particular que o *desequilíbrio informacional* deve ser evitado, razão pela qual a postura formalística atinente à exigência de demonstração da *representatividade* dos *amici curiae*, compassada com a idéia de *discricionariedade* que venha a pautar a aceitação destes, pode criar um ambiente de favorecimento aos grupos mais organizados da sociedade. A defesa de um ambiente informacional permite ainda refletir sobre a indicação das fontes de custeio das entidades prolatoras do memorial de *amicus*⁷⁹⁰.

Deste modo, ainda que se diga que a decisão constitucional possa afetar muitas pessoas, com a impossibilidade material de se coletar todas as opiniões envolvidas, tal fato não deve justificar a ausência de contraditório suficiente para a oxigenação do debate. As limitações materiais ou processuais apregoadas não podem representar um óbice à manifestação das vozes representativas destes grupos, categorias ou classes de pessoas e entidades.

⁷⁸⁸ "De resto, o coro que se avoluma para brindar a previsão do *amicus curiae* nas ações diretas de inconstitucionalidade – e, com maior ou menor harmonia, também nas ações declaratórias de constitucionalidade e nas arguições de descumprimento de preceito fundamental – sempre assinalou que o caráter vinculante da decisão jurisdicional é fator que, por si só, *impõe* a necessidade de prévia e plural manifestação da sociedade civil ou de determinados entes" (BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. Cit., p. 625).

⁷⁸⁹ Vide, nesse particular, o que já foi dito no tocante às *prerrogativas processuais* dos *amici curiae* e, em particular, no que tange ao pretendido tratamento igualitário que se buscou dispensar no julgamento da ADPF n.º 101, em que se discutiu a validade e a constitucionalidade dos atos normativos do Departamento de Operações de Comércio Exterior – DECEX, Secretaria de Comércio Exterior – SECEX e resoluções do CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente, no tocante à importação de pneus usados.

⁷⁹⁰ Trata-se, nesse particular, de encampar a experiência da Suprema Corte norte-americana, no tocante à exibição dos *requerimentos de transparência*, por meio dos quais o *amicus* deve informar se está sendo apoiado por alguém ou ainda a fonte de *custeio financeiro* da produção do memorial: "Os requerimentos de transparência incluem: uma declaração dos interesses do memorial, que informará à corte os grupos de interesses e outras entidades representados na manifestação; o *amicus* deverá informar se a parte que está sendo apoiada autorizou o memorial em sua integralidade ou em parte; por fim, mas não menos importante, o memorial deverá explicitar toda pessoa ou entidade, além dos próprio *amici*, que apoiaram financeiramente a preparação ou a entrega dos memoriais. Esse item se mostra de fundamental importância à medida que permite à corte a rastreabilidade dos interesses econômicos envolvidos da causa, bem como no ingresso de um terceiro que se diz amigo da corte" (MEDINA, Damares. Ob. Cit., p. 68-69).

Assim, quer-se retomar a idéia de que o consenso formal⁷⁹¹ subjacente às normas e aos direitos aprovados nas instâncias deliberativas pode ser ratificado ou rechaçado no cenário da jurisdição constitucional, onde os expedientes compromissórios poderão ser tensionados e testados. Não por outra razão, a projeção alcançada pelo julgamento da questão constitucional qualificada pelo reconhecimento da repercussão geral está a recomendar que a investigação da matéria e o processo decisório não estejam adstritos ao *solitário* exame da Corte Constitucional.

É nesse sentido que se pode dizer que o processo constitucional deve ser pautado pelo princípio da *colaboração* efetiva. Daí porque, *“si può, del resto, invertire la prospettiva: se l'intera materia del contendere prima della decisione subisce gli effetti delle forze esercitate da tutti i soggetti in concorso, nei limiti delle rispettive attribuzioni, il risultato sarà il prodotto di una collaborazione processuale totale”*⁷⁹².

O diálogo judicial, nesse diapasão, passa a representar “autêntica garantia de democratização do processo, a impedir que o órgão judicial e a aplicação da regra *iura novit curia* redundem em instrumento de opressão e autoritarismo, servindo às vezes a um mal explicado tecnicismo, com obstrução à efetiva e correta aplicação do direito e à justiça do caso”⁷⁹³. E, acompanhando Andréa Alves de ALMEIDA, pode-se dizer que o processo substancia o espaço-temporal de argumentação irrestrita, com a ênfase para o contraditório na tarefa da redefinição histórica dos fatos e da “interpretação da norma na construção das decisões estatais pelos destinatários. É o retorno da lei à processualidade jurídica que garante a sua legitimidade

⁷⁹¹ “Disso decorre que proteger os direitos fundamentais sem garantir as identidades culturais diferenciadas não é suficiente para assegurar ao ordenamento jurídico a legitimidade de que ele necessita. Essa legitimidade só se configura quando o sistema proporciona a participação discursiva dos indivíduos no processo de criação e aplicação do direito, de forma a garantir, ao mesmo tempo, os direitos individuais e o reconhecimento das identidades culturais das diversas comunidades sociais” (LEITE, Roberto Basile. *Hermenêutica constitucional como processo político comunicativo: a crítica de Jürgen Habermas às concepções liberal e comunitarista*. In **Justiça e democracia: entre o universalismo e o comunitarismo** / Cecília Caballero Lois (Org.), São Paulo: Landy Editora, 2005. p. 221).

⁷⁹² GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. In **Revista di diritto processuale**, 1966. p. 587.

⁷⁹³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Garantia do contraditório**. In *Garantias constitucionais do processo civil*. 1ª ed., 2ª tir., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 143.

normativa”⁷⁹⁴. É nesta linha, inclusive, que a teoria *neo-institucionalista* do processo defendida por Rosemiro Pereira LEAL pretende conciliar o princípio da *democracia* com a garantia de um espaço discursivo voltado para o contraditório na produção e fiscalização da constitucionalidade e na realização dos direitos fundamentais⁷⁹⁵.

Portanto, no instante em que as aspirações se voltam para a consolidação de uma democracia participativa⁷⁹⁶, pode-se dizer que o princípio da *colaboração* servirá para aumentar o coeficiente de legitimidade das decisões do STF. E, dessa forma, num ambiente formatado para a discussão qualificada, no qual, presumivelmente, os melhores argumentos passam a vir à tona, o efeito vinculante das decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal pode colaborar para afastar a multifacetária situação dos processos subjetivos⁷⁹⁷.

Não por outra razão, examinando o regime da tutela coletiva no direito italiano, em comparação com a experiência tedesca, o prof. Remo CAPONI propõe a adoção de uma espécie de “processo modelo”, a partir do qual se pode extrair uma eficácia vinculante que será projetada para além daquele caso: “Si tratta del processo modello (o campione), in cui viene dedotto in giudizio un diritto individuale da un singolo titolare (o da un’associazione), ma la pronuncia proietta un’efficácia giuridica, in una certa misura vincolante, anche nei confronti delle cause parallele è Il tratto

⁷⁹⁴ ALMEIDA, Andréa Alves. Ob. Cit., p. 136.

⁷⁹⁵ “A teoria do processo que se institucionalize constitucionalmente pelos princípios jurídicos do contraditório, ampla defesa e isonomia suprime a tensão entre republicanos e liberais à medida que a fiscalidade legitimante do ordenamento jurídico instalador do Estado democrático de direito se processualize pelo direito-de-ação irrestrito, assegurado o contraditório como oportunidade legal de produzir ou não produzir argumentos, bem assim a isonomia como princípio de igualdade, para as partes, do tempo de realização estrutural do procedimento e a ampla defesa como direito ao contraditório em tempo isonômico indistintamente para todos” (LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2003. p. 180).

⁷⁹⁶ **Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da constituição federal**/Sérgio Gilberto Porto, Daniel Ustarroz, Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009. p. 52.

che distingue Il processo modello dalla causa pilota”⁷⁹⁸. Afinal, “torna-se necessário emprestar um novo enfoque à due process clause, consentâneo com um garantismo coletivo, eis que há muito já se percebeu a insatisfatoriedade da proteção eventual e fragmentada dos valores essenciais do ser humano considerado individualmente, por ser incapaz de imunizá-lo contra a intolerância, as opressões sociais, a carência, a miséria ou a desgraça alheia”⁷⁹⁹.

Desse modo, com o reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional, há que se atentar para a observância deste contraditório difuso e fluído, de sorte a se fomentar o ingresso de *amici curiae* nos processos envolvendo o controle difuso de constitucionalidade⁸⁰⁰.

⁷⁹⁷ Não por outra razão, Mauro CAPPELLETTI observava que os países que sofreram a influência continental europeia estavam fadados, inevitavelmente, a buscar soluções compromissórias para afastar a “caótica incerteza do direito”: “Se queriam chegar a este ou a semelhante resultado, os Países da Europa continental e, em geral, os Países a cuja tradição jurídica é estranho o princípio do *stare decisis*, deviam, obviamente, operar com instrumentos jurídicos bem diversos daqueles adotados no sistema estadunidense e em outros sistemas de *commow law*. Tornava-se, em síntese, necessário naqueles Países, ou pelo menos oportuno, encontrar um adequado substituto da *Supreme Court* norte-americana, isto é, encontrar um órgão judiciário a que se pudesse confiar a função de decidir sobre as questões de constitucionalidade das leis, com eficácia erga omnes e, por isto, de modo tal a evitar aquele perigo de conflitos e de caótica incerteza do direito, de que se falou antes” (CAPPELLETTI, Mauro. Ob. Cit., p. 83).

⁷⁹⁸ CAPONI, Remo. **Modelli europei di tutela collettiva nel processo civile: esperienze tedesca e italiana a confronto** (extraído: <http://unifi.academia.edu/remocaponi/papers/130832/R--Caponi> - consulta em 06.05.2010).

⁷⁹⁹ VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 151.

⁸⁰⁰ “Isto porque, mesmo que não exista, com relação à ‘repercussão geral’ (pelo menos do ponto de vista constitucional), previsão para a adoção de efeitos ‘vinculantes’, não há como negar que sua própria função no sistema de acesso recursal ao Supremo Tribunal Federal é fator suficiente para que o maior número de ‘interessados’ possa manifestar-se perante aquela corte em busca da mais adequada definição do que se amolda e daquilo que não se amolda naquela expressão. Trata-se, aqui, de um nítido caso em que, qualquer que seja o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da *interpretação* daqueles conceitos vagos, seus efeitos (mesmo que só os práticos, meramente persuasivos) vão além, necessariamente além, da específica questão julgada, e que poderá, conforme o caso, até mesmo envolver apenas dois litigantes em uma situação que, na visão deles, diz respeito só a eles próprios, um ‘Caio’ de um lado e um ‘Tício’ de outro. Inequivocamente, estamos diante de uma situação em que ‘os’ interesses subjacentes ao caso concreto suplantam – e muito ‘o’ interesse que caracteriza o litígio entre dois sujeitos, travestido de ‘direito’. Não se estará, ao definir o que pode e o que não pode ser entendido como ‘repercussão geral’, decidindo ‘só’ se um dos litigantes – quem quer que sejam eles, frisamos este ponto – tem razão. Estar-se-á discutindo e decidindo quais as condições que, concretamente, devem estar presentes para se alcançar o Supremo Tribunal Federal em quaisquer outros casos similares àqueles. E que deverão, *ainda que não haja um ‘efeito vinculante’ para aquela específica decisão*, ser observados por todos os demais litigantes, independentemente de quem sejam eles” (BUENO, Cassio Scarpinella. Ob. Cit., p. 627).

E, neste quadrante, a discussão pode ser norteadada pela pesquisa *empírica* formalizada por Damares MEDINA acerca da possibilidade da figura do *amicus curiae* influenciar o processo decisional no âmbito do Supremo Tribunal Federal⁸⁰¹. Com efeito, Damares MEDINA se propôs a responder à seguinte indagação: qual a influência do *amicus curiae* no processo de tomada de decisão do Supremo Tribunal Federal? Assim, com base na análise quantitativa e qualitativa de dados coletados, a referida autora concluiu que as evidências empíricas sugerem que o *amicus curiae* contribui efetivamente para o aumento das “alternativas interpretativas ao promover uma abertura procedimental, bem como a pluralização da jurisdição constitucional. De outro turno, os resultados encontrados indicam que a utilização do instrumento também pode acarretar um desequilíbrio informacional, aumentando a distribuição assimétrica de informações entre as partes envolvidas no processo, favorecendo a uma das partes litigantes”⁸⁰².

Portanto, a preocupação descortinada com o contraditório decorre do fato de que o amigo da corte pode atuar como “mecanismo mitigador ou potencializador da vantagem informacional das partes (ou de apenas uma delas, o lado apoiado). A potencialização da vantagem informacional da parte apoiada pelo *amicus curiae* pode aumentar a assimetria de informações entre as partes e o juízo (corte), comprometendo o equilíbrio processual fundamental para o processo de tomada de decisão judicial”⁸⁰³.

Como já foi dito, o eventual desequilíbrio informacional decorrente da atuação polarizada de *amici curiae* pode repercutir no processo de tomada de decisões por parte do Supremo Tribunal Federal. Por isso, “como possíveis soluções para minimizar a assimetria de informações provocadas pelo ingresso do *amicus*,

⁸⁰¹ “Nas situações nas quais o terceiro ingressou apoiando a procedência da ação, o percentual de processos julgados procedentes aumentou. Nos casos em que o terceiro ingressou no processo apoiando a improcedência da ação, o percentual de ações julgadas improcedentes também aumentou. Em ambos os casos, o percentual de ações não conhecidas diminuiu. **Os resultados dos julgamentos do STF no período pesquisado estabelecem uma robusta relação causal entre o ingresso do *amicus curiae* e o aumento das chances de êxito do lado por ele apoiado**” (MEDINA, Damares. Ob. Cit., p. 135).

⁸⁰² MEDINA, Damares. Ob. Cit., p. 22.

⁸⁰³ MEDINA, Damares. Ob. Cit., p. 163.

destacam-se a adoção do procedimento eletrônico e das audiências públicas⁸⁰⁴. Ou seja, a técnica da *prévia* divulgação de informações preconizada pelo art. 329 do RISTF pode servir para amenizar o problema do desequilíbrio informacional, contribuindo para o implemento de um espaço *virtual* voltado ao debate privilegiado.

Logo, há que se aceitar que a abertura procedimental propiciada pela ampla aceitação de *amicus curiae* – com o *elastecimento* e *flexibilização* dos critérios da representatividade e da pertinência temática – pode contribuir, em última medida, para a condução da discussão qualificada e, por via de consequência, para o desencadeamento de um modelo de controle difuso equilibrado e consentâneo com a realidade nacional⁸⁰⁵.

Em última análise, o prognóstico de habilitações de *amici curiae* na esfera de recursos extraordinários revela-se como verdadeiro índice de *objetivação* do processo *subjetivo* e, por via de consequência, pode servir para balizar a expansão do efeito vinculante na seara do controle difuso.

⁸⁰⁴ MEDINA, Damares. Ob. Cit., p. 170.

⁸⁰⁵ “Cada *amicus curiae* admitido em um processo pode significar inúmeros processos a menos, o que também contribuirá para a administração da justiça. Vista por outro ângulo, a questão dialoga com os conflitos decorrentes do crescente ingresso dos *amicus curiae* nos processos do controle incidental de constitucionalidade, especialmente o recurso extraordinário objetivado pela repercussão geral” (MEDINA, Damares. Ob. Cit., p. 27).

3.3. Os possíveis óbices e argumentos refratários à extensão do efeito vinculante.

Cabe realçar, na esteira do problema-tese enunciado, que nem toda decisão constitucional oriunda do controle difuso pode resultar em comandos abstratos ou ainda emprestar efeitos vinculantes para o julgamento de outros casos similares. Absolutamente não.

Ou seja, a depuração do efeito vinculante advindo do controle difuso pressupõe, nesse particular, o exame das competências assinaladas ao Supremo Tribunal Federal. Assim, como já foi dito antes, o controle difuso de constitucionalidade das leis e atos normativos pode ser exercido pela Corte Suprema no exame das causas de sua competência *originária* (CF, art. 102, I) e ainda naquelas concernentes à alçada da sua competência *recursal* (CF, art. 102, II e III).

Portanto, a hipótese defendida é que a expansão do efeito vinculante advindo do controle difuso possa resultar do julgamento dos recursos extraordinários cujas questões constitucionais subjacentes revistam-se de *repercussão geral* (CF, art. 102, § 3º), desde que oportunizada a *participação* e garantido o debate aos possíveis afetados.

No entanto, mesmo diante das premissas assentadas, não pode causar estranheza que a defesa do efeito vinculante decorrente de pronunciamento exarado em sede de controle difuso de constitucionalidade esbarre em certos posicionamentos e argumentos refratários. Daí porque, sem o propósito de exauri-los, convém examinar alguns dos possíveis óbices identificados pela doutrina nacional ou mesmo estrangeira quanto à expansão do efeito vinculante para a sistemática do controle difuso.

Poder-se-ia argumentar, dessa forma, com (i) a exigência de *oxigenação* da jurisprudência nacional e com os riscos advindos de uma possível *estagnação* da interpretação perpetrada pelo STF; (ii) a necessidade de preservação da livre

convicção dos juízes nacionais⁸⁰⁶; (iii) os reflexos financeiro-orçamentários em matéria de políticas públicas, nos casos concernentes aos deveres *prestacionais* do Estado, decorrentes de demandas que envolvam direitos individuais homogêneos; (iv) uma possível contradição do discurso empreendido, advinda da defesa de uma *abertura* no processo de interpretação constitucional e da vinculatividade das decisões exaradas no controle difuso; (v) a ideia de que a adoção de soluções normativas com efeitos gerais e “abstratos” são prerrogativas exclusiva do Poder Legislativo; (vi) a possível exigência de conformação constitucional da matéria; (vii) a radicalização do efeito vinculante no tocante aos demais processos subjetivos poderia importar discrepâncias no tocante à coisa julgada *inter partes*⁸⁰⁷, exigindo ainda a *modulação temporal* das projeções do julgado; (viii) a defesa do efeito vinculante no controle difuso induz uma certa redundância, na medida em que a EC n.º 45/2004 já consagrou o mecanismo das súmulas vinculantes; (ix) a projeção do efeito vinculante está a exigir tratamento constitucional, não podendo ser deduzido do sistema e, tampouco, instituído - expressa ou implicitamente - por meio da legislação infraconstitucional; e, por último, (x) com a expansão do efeito vinculante estar-se-ia radicalizando o campo da atuação política da Corte Suprema.

⁸⁰⁶ Observe-se, nesse aspecto, a posição de José Celso de MELLO FILHO comentando a implantação da súmula vinculante: “O gesto independente de pensar com liberdade não pode conduzir a qualquer restrição que incida sobre o magistrado. O efeito perverso gerado pela aplicação do postulado da súmula vinculante, tal como esse princípio vem sendo disciplinado no processo de reforma judiciária, consistirá na indesejável aniquilação da consciência crítica dos Juízes, em claro antagonismo com as diretrizes que devem informar a concepção democrática do Estado de Direito. A proposta de instituição da súmula vinculante – além de introduzir, em nosso sistema jurídico, inadmissível hermenêutica de submissão – revela-se inaceitável, porque, ao virtualmente inibir o juiz de refletir, de maneira crítica, sobre as questões submetidas à sua apreciação jurisdicional, culmina por suprimir-lhe a liberdade e a independência no desempenho da atividade jurisdicional” (MELLO FILHO, José Celso de. Ob. Cit., p. 46-47).

⁸⁰⁷ A questão específica da projeção do efeito vinculante com a coisa julgada *inter partes* comportou exame de Eduardo APPIO: “Ao autorizar a extensão dos efeitos de suas decisões no controle difuso em relação aos terceiros (*erga omnes*), ficou claro que surgiriam, no mínimo, três situações jurídicas distintas, ou seja, (1) a dos litigantes em outros processos judiciais ainda em curso (pendentes), (2) a dos litigantes com decisões judiciais já passadas em julgado (coisa material) e (3) a das partes que possuíam um conflito no plano material, mas que não o levaram, até então, ao Poder Judiciário, porque as próprias partes concordavam com a forma pela qual a lei questionada vinha sendo aplicada pelos juízes; mas que, diante de uma nova interpretação, sentem-se impulsionadas a buscar a confirmação judicial (enforcement). Como, então, assegurar tratamento isonômico a estas pessoas, as quais possuíam um contexto fático e jurídico idêntico, a exemplo das ações de massa, mas que estavam localizadas em diversas dimensões temporais? Tratá-los, todos, de idêntica maneira, serviria, no máximo, para igualar os desiguais” (APPIO, Eduardo. Controle difuso de constitucionalidade, p. 20).

Logo, oportuno o enfrentamento pontual de tais apontamentos com o substrato nos demais quadrantes da pesquisa.

3.3.1. O efeito vinculante e a exigência de “oxigenação” da jurisprudência.

No tocante ao primeiro argumento arrolado acima, parece lícito concluir que a jurisprudência nacional sempre encontrou ferramentas para superar posicionamentos jurisprudenciais consolidados. Ou seja, objeção semelhante foi apontada no tocante à implantação dos mecanismos da súmula da jurisprudência dominante. Nem por isso observou-se o temido (e prejudicial, diga-se de passagem) “congelamento” da “jurisprudência”⁸⁰⁸.

E, ainda no que concerne à possível *estagnação* advinda da adoção ampla do efeito vinculante, é preciso descortinar que o órgão detentor das competências consentâneas com a jurisdição constitucional não está “vinculado” aos seus próprios fundamentos assentados à luz de determinado contexto histórico e social.

Aliás, em relação a tal premissa de raciocínio, pode-se recorrer, uma vez mais, à ideia de *mutação constitucional*, pois o Supremo Tribunal Federal deu mostras suficientes de que não é refratário à mudança dos seus próprios critérios decisórios, desde que subsistam razões suficientes para fazê-lo⁸⁰⁹.

Em outras palavras, o intérprete máximo da Constituição não está jungido à sua própria convicção⁸¹⁰. Exemplo disso é a questão constitucional referente à prisão do depositário infiel, tema este que foi cotejado com posicionamentos distintos do Supremo Tribunal Federal ao longo dos últimos anos⁸¹¹.

⁸⁰⁸ Aliás, não se pode subestimar a criatividade dos advogados e operadores jurídicos no tocante à adoção de subterfúgios para a superação dos posicionamentos jurisprudenciais firmados.

⁸⁰⁹ “A evolução e o desenvolvimento da jurisprudência constitucional, sobretudo no sentido de adaptar o texto constitucional às novas realidades sociais e políticas, dependem necessariamente da abertura da jurisdição constitucional a vias interpretativas diversas, ou melhor, de que seja permitido a ela se afastar motivadamente de fundamentos adotados anteriormente, de modo a formar novos convencimentos” (LEAL, Roger Stiefelmann. Ob. Cit., p. 116).

⁸¹⁰ “Limitação necessária do instituto é, porém, a não-vinculação da própria jurisdição constitucional, pois há que se assegurar espaço para o desenvolvimento da jurisprudência constitucional de modo que se possa atualizar o sentido da Constituição diante das sucessivas mudanças sociais e políticas” (LEAL, Roger Stiefelmann. Ob. Cit., p. 186).

⁸¹¹ A contribuição do constitucionalismo norte-americano referente à perspectiva de superação de certas decisões é imensa, pois, diante do mesmo “texto” constitucional, o princípio da igualdade comportou diferentes compreensões no caso da questão racial nos EUA. Com efeito, o célebre julgamento proferido em **Plessy vs. Ferguson**, de 1896, legitimou a segregação racial nos EUA. A

Logo, não se está advogando em prol da *sacralização* do que foi decidido pela Corte Constitucional, mas, apenas e tão-somente, conferindo destaque à proeminência institucional que lhe é subjacente, diante do peculiar papel ocupado pelo STF na seara da jurisdição constitucional brasileira. Sendo assim, a preocupação com a *oxigenação* da jurisprudência constitucional⁸¹² não pode representar justificativa plausível para um estado de desapego às decisões emanadas dos Tribunais Superiores⁸¹³.

discussão tinha como pano de fundo uma série de leis estaduais americanas prevendo a segregação racial, de modo que os negros (afrodescendentes) apenas podiam cursar certas escolas, ocupar certos assentos no transporte público, em restaurantes, teatros, hotéis, cinemas etc. Em alguns Estados, inclusive, proibiu-se o casamento entre pessoas de raças distintas. Assim, o caso surgiu a partir do episódio envolvendo **Homer Plessy** que foi preso e processado criminalmente porque se sentou no *setor* reservado aos brancos, num trem no estado da **Louisiana**. Ele recorreu à Suprema Corte requerendo o arquivamento da ação penal. A Corte, contudo, entendeu que a lei que dividia os espaços dos trens pelo critério racial era constitucional, e que a segregação era possível desde que o Estado assegurasse uma igualdade de condições aos usuários (um vagão para brancos e um vagão para os negros, por exemplo). Com isso, a Suprema Corte Americana consolidou a geração dos iguais, mas separados (*equal but separate*). Essa “doutrina” estabelecia que a igualdade estaria garantida desde que os brancos e negros tivessem o mesmo tratamento e as mesmas instalações. O movimento pela igualdade nos direitos civis permitiu superar a doutrina do *separados, mas iguais*, sendo que o julgamento *Brown vs Board Education of Topeka* marcou sua época. Com efeito, trata-se aí de um dos mais significativos precedentes da Suprema Corte dos EUA “onde restou determinado que a discriminação racial na educação pública é ato contrário à Constituição. Em poucas palavras, pode-se dizer que o fato começou quando Oliver Brown, pai de três filhos (a caçula Cheryl Brown Hendersen é, atualmente, uma expoente na defesa dos interesses dos afro-americanos no sistema educacional estadunidense e, também, na vida política em geral), não foi autorizado pela *Board of Education* da sua cidade, Topeka (Kansas), a matriculá-los em estabelecimento de ensino destinado para brancos, pois aquela cidade havia escolhido adotar um sistema segregacionista no ensino público. No caso, tanto Brown quanto os demais que se encontravam em situação análoga, ingressaram com ações junto ao tribunal distrital pedindo a declaração de inconstitucionalidade da lei estadual que permitia que cidades com mais de 15.000 habitantes mantivessem escolas separadas para negros e brancos. A segregacionista doutrina do ‘separados, mas iguais’ (*separate, but equals*), até então aplicada ao transporte público, nos termos do caso *Plessy v. Ferguson*, foi entendida como incompatível com o sistema educacional, tanto pelo tribunal distrital, quanto pela Suprema Corte” (Jurisdição constitucional comparada, Ob. Cit., p. 275).

⁸¹² “A instituição de canais de *diálogo* entre a jurisdição constitucional e os demais órgãos e poderes estatais, de modo a permitir a necessária *oxigenação* da jurisprudência constitucional, não é justificativa plausível para que se dê lugar a um estado de controvérsia política permanente, minando o prestígio da jurisdição constitucional e da Constituição, bem como a segurança e a estabilidade indispensáveis às relações interpessoais e, principalmente, interpoderes” (LEAL, Roger Stiefelmann. Ob. Cit., p. 112).

⁸¹³ “Daqui também se extrai que um sistema judicial que consagra a teoria do precedente obrigatório não impõe o engessamento da jurisprudência, como se impedisse a necessária evolução do Direito. A teoria do *stare decisis* nunca se propôs a inflexibilidade. Diante das inevitáveis alterações dos rumos da sociedade (e, por conseguinte, do Direito) as Cortes de Justiça podem rever seus posicionamentos manifestados em decisões passadas, desde que o façam fundamentadamente, passando a adotar esse novo entendimento como precedente obrigatório para os casos futuros” (SILVA, Lucas Cavalcanti da. Ob. Cit., p. 172).

3.3.2. O efeito vinculante e a preservação da livre *convicção* dos magistrados.

Tampouco parece aceitável, neste sítio, a invocação do princípio da livre *convicção*⁸¹⁴ (ou do livre convencimento), mesmo porque, liberdade de julgamento⁸¹⁵ não pode ser equiparada com liberdade “absoluta” de consciência⁸¹⁶. A livre *convicção*, neste particular, está atrelada mais incisivamente à apreciação e ponderação da prova e não pode significar um estado de indiferença ao entendimento endossado pelo Tribunal Superior⁸¹⁷. Aliás, a independência do juiz não pode estar dissociada da realidade insofismável de que ele é parte de um

⁸¹⁴ “Na medida em que a Constituição Federal prevê a existência dos tribunais superiores e atribui a eles a atividade uniformizadora, os órgãos monocráticos não devem, em situações nas quais inexistem fatos e argumentos novos, tampouco superveniência de lei a justificar a alteração, ignorar simplesmente a jurisprudência predominante, quer sob o argumento da não vinculação, quer sob o argumento da liberdade de *convicção*” (CLÉVE, Clèmerson Merlin. Crédito-prêmio de IPI e princípio constitucional da segurança jurídica, p. 165). Da mesma forma, Luiz Guilherme MARINONI preleciona que: “Não há como ter estabilidade quando os juízes e tribunais ordinários não se vêem como peças de um sistema, mas se enxergam como entes dotados de autonomia para decidir o que bem quiserem. A estabilidade das decisões, portanto, pressupõe uma visão e uma compreensão da globalidade do sistema de produção de decisões, o que, lamentavelmente, não ocorre no Brasil, onde ainda se pensa que o juiz tem poder para realizar a sua ‘justiça’ e não para colaborar com o exercício do dever estatal de prestar a adequada tutela jurisdicional, para o que é imprescindível a estabilidade das decisões” (MARINONI, Luiz Guilherme. A segurança jurídica como fundamento do respeito aos precedentes, p. 62).

⁸¹⁵ “Princípio que é, a liberdade de *convicção* dos magistrados não deve jamais ser considerada de forma absoluta e deve ceder a outros princípios igualmente existentes, adotados e preservados pelo nosso ordenamento jurídico, sobretudo quando se trata de julgamentos realizados por órgãos colegiados, a que somos – é bom destacar – submetidos não por opção (e nem poderia ser), mas pela existência de regras prévias que endereçam nossos recursos a tribunais cuja competência é estabelecida em razão do grupo de matérias que julgam” (VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Ob. Cit., p. 286).

⁸¹⁶ “De nada adiantaria um juiz de primeiro grau ter a ‘liberdade’ de conceder a interpretação a determinado dispositivo constitucional como melhor lhe aprouver, se a posição consolidada do mais alto tribunal brasileiro, a quem compete dar a derradeira palavra sobre o sentido das normas constitucionais, for diversa. Imagine-se a controvérsia sobre a (in)constitucionalidade de uma lei tributária. Pode haver milhares de ações afetadas por todo o território nacional acerca da pendenga. Se o Supremo firmar posicionamento pela constitucionalidade do tributo, as decisões contrárias proferidas por juízos inferiores apenas contribuirão para o desprestígio do Poder Judiciário em relação à sociedade, gerando incerteza jurídica e dispêndio desnecessário de tempo e recursos” (SILVA, Carlos Augusto. Ob. Cit., p. 149-150).

⁸¹⁷ Natascha Nascimento Gomes TOSTES é um pouco mais incisiva ao rotular o fenômeno, destacando que “a independência deve ser utilizada para reverter em prol da população, e não para ser fonte que jorra vaidade pessoal, com a satisfação íntima de que: ‘sou integrante do grupo do eu sozinho, mas decido como eu quero, porque sou independente’” (TOSTES, Natascha Nascimento Gomes. **Judiciário e segurança jurídica: a questão da súmula vinculante**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p. 80).

“todo”⁸¹⁸ e, como tal, deve, quando menos, dedicar redobrada atenção aos precedentes dos Tribunais Superiores.

Assim, cabe ressaltar que deve ser preservado ao responsável pela aplicação da lei o juízo de *subsunção* compatível com a identificação do substrato fático e a conformação⁸¹⁹ da solução advinda do Tribunal Superior, com a possibilidade, em qualquer hipótese, de distinguir o que comportar *distinção*.⁸²⁰ Trata-se, em última análise, de garantir os parâmetros empregados com o mecanismo do *stare decisis*, em que o julgador – ao se posicionar diante de um precedente – poderá manejar o critério da distinção (*distinguishing* ou *distinguish*⁸²¹) quando houver diferença suficiente entre o caso concreto, objeto de julgamento, e o caso paradigmático. Por certo, a recusa quanto à aplicação do precedente pode advir da existência de

⁸¹⁸ “Primeiramente, é bom deixar claro que a liberdade de convicção do julgador não significa que a este é dada carta branca para decidir uma lide ao seu livre alvedrio. Não se pode confundir a independência do juiz (art. 95, CF/88) com atuação divorciada do entendimento dos tribunais a que ele está vinculado, na medida em que aquela liberdade do juiz não apaga a realidade de que este é parte integrante de um todo, o Poder Judiciário” (SILVA, Lucas Cavalcanti da. Ob. Cit., p. 170).

⁸¹⁹ “Para nós, os autoprecedentes e os precedentes hierarquicamente superiores devem possuir efeito vinculante, não por decorrência de dispositivo constitucional ou legal, mas por respeito à igualdade. Esta realidade não ofende a livre convicção e a independência do julgador, pois, se entender que o caso apresenta circunstâncias diferenciadoras, este pode e deve decidir diversamente, exteriorizando as razões diversificadoras. Convém reiterar, desde que exteriorize a diversidade fática ou social e apresente fundamentação suficiente e razoável (...)” (LAMY, Marcelo; e, CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Ob. Cit., p. 307).

⁸²⁰ “Cabe às instâncias inferiores verificar se, diante do caso que agora lhes é submetido, existe similitude suficiente de molde a ensejar a aplicação do precedente. Não havendo similitude, deflagra-se o mecanismo do *distinguishing method*, ou seja, apontam-se, claramente, as razões pelas quais o precedente não é invocável, de maneira a fugir da força gravitacional do precedente” (APPIO, Eduardo. Controle difuso de constitucionalidade, p. 43).

⁸²¹ “Nos casos em que o magistrado está vinculado a precedentes judiciais, a sua primeira atitude é verificar se o caso em julgamento guarda alguma semelhança com o(s) precedente(s). Para tanto, deve valer-se de um método de comparação: à luz de um caso concreto, o magistrado deve analisar os elementos objetivos da demanda, confrontando-os com os elementos caracterizadores de demandas anteriores. Se houver aproximação, deve então dar um segundo passo, analisando a *ratio decidendi* (tese jurídica) firmada nas decisões proferidas nessas demandas anteriores. Fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando houver *distinção* entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente” (DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, e OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Vol. 2, 5ª ed., Salvador: Edições Podium, 2010. p. 393).

peculiaridades que afastam a *convergência* entre os fatos, afastando, assim, a conformação da fundamentação⁸²².

Por certo, a análise dos elementos objetivos da demanda e a aferição da causa de pedir são determinantes para a realização do juízo de subsunção exigido para se verificar a aplicabilidade ou não do *precedente*⁸²³. Vale dizer: a operacionalidade do mecanismo do *stare decisis* não torna o julgador um autômato, incapaz de distinguir o que comporta distinção. Entretanto, cabe observar que a superação de um paradigma ou precedente exigirá argumentação condizente por parte do intérprete.

Por fim, o argumento que contrapõe o efeito vinculante e a liberdade de convencimento não se coaduna, por óbvio, com o fenômeno das súmulas vinculantes, haja vista que, por força delas, a *ratio decidendi* oriunda da questão constitucional alcança o Judiciário e a Administração Pública em todas as suas esferas de atuação. Logo, também por esse viés, o argumento se revela frágil e não é capaz de afastar a incidência do efeito vinculante, com substrato na idéia de reserva de consciência.

De mais a mais, como já foi assentado, a força vinculante não afasta que os demais órgãos do Judiciário venham a enfrentar a mesma questão constitucional a partir da configuração de outro quadro ou substrato fático, marcado pelo influxo das eventuais mudanças sociais, políticas, econômicas etc. Não há, nesse aspecto, razões para repúdio, desde que o órgão julgador venha a explicitar as razões que justificam a adoção de um novo entendimento para a mesma questão jurídica (*ratio decidendi*). A questão comporta uma leitura compassada com a abertura da causa de pedir observada no controle concentrado de constitucionalidade. Com efeito, costuma-se repisar a assertiva de que o Supremo Tribunal Federal não está atrelado

⁸²² “Entende-se por *distinguishing* a recusa à aplicação de um precedente a um caso atual em decorrência de peculiaridades deste, as quais impedem a convergência entre os fatos (fatos relevantes – *material facts*) e a conformação da fundamentação (*substantive rationale*) utilizada no caso predecessor ao caso atual” (PORTES, Maira. Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de *commow Law*. In **A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR** / Coordenador Luiz Guilherme Marinoni, Salvador: JusPodium, 2010. p. 115).

⁸²³ “A análise do precedente, seja para o fim de aplicá-lo a um caso, seja para determinar sua revogação, depende de uma visão holística de seu conteúdo, com o objetivo de identificar a convergência ou divergência dos aspectos materialmente relevantes dos casos concretos que deram origem ao precedente e ao julgamento atual” (PORTES, Maira. Ob. Cit., p. 105).

à causa de pedir invocada em ação direta de inconstitucionalidade ou ainda nas demais ações constitucionais do gênero, na medida em que o controle concentrado pressupõe uma certa *abstração da causa de pedir*⁸²⁴. Logo, não há como aplicar, na esfera do contencioso constitucional, o regramento imposto pelo art. 474 do CPC⁸²⁵, referente à *eficácia preclusiva da coisa julgada*⁸²⁶. Em última análise, a força vinculante dos julgados do STF e, notadamente, a expansão do efeito vinculante na seara do controle difuso, não são suficientes para obstar a discussão da mesma matéria constitucional à luz de novos fundamentos.

Por derradeiro, é de se aceitar que o livre convencimento de cada magistrado está jungido a inúmeras outras barreiras processuais, pois, independentemente da convicção do juiz acerca do “mérito” da demanda, a ausência dos pressupostos processuais de constituição e desenvolvimento válido do processo afastam-no do prognóstico reputado justo. E, diga-se de passagem, nessas situações, jamais alguém cogitou de ofensa ao livre convencimento.

3.3.3. O efeito vinculante advindo do controle difuso e o impacto orçamentário nas questões envolvendo políticas públicas e direitos prestacionais.

É lugar comum afirmar que, via de regra, o Poder Judiciário não deve intervir nas competências reservadas à Administração Pública e, tampouco, substituí-la em juízos de conveniência e oportunidade, a não ser, excepcionalmente, nos casos de omissões arbitrárias relacionadas ao exercício faltoso das incumbências

⁸²⁴ “A Corte Constitucional não está vinculada aos fundamentos jurídicos apontados na petição inicial da ação direta. Assim, embora rejeitando os fundamentos do autor, poderá declarar a inconstitucionalidade da norma impugnada por razões jurídicas diversas. Não se admite, entretanto, que a petição inicial da ação direta se limite a pedir a declaração da inconstitucionalidade, com alegações genéricas ou sem apontar os dispositivos constitucionais supostamente violados, que justifiquem a postulação” (BINENBOJM, Gustavo. Ob. Cit., p. 152). Aliás, não por outra razão, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 298.694, o Min. Sep. Pertence decidiu admitir a possibilidade do STF julgar a matéria constitucional por fundamento diverso daquele enfrentado pelo Tribunal recorrido (decisão adotada por maioria).

⁸²⁵ “Art. 474. Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”.

⁸²⁶ Com efeito, ao se falar em eficácia preclusiva da coisa julgada, tem-se que “todas as questões – deduzidas e dedutíveis – que constituam premissas necessárias da conclusão tornam-se irrelevantes, inócuas, em caso de tentativa de elisão da coisa julgada. Trata-se de uma imposição necessária, uma decorrência lógica, da vigência da coisa julgada. Não faria sentido consagrar a coisa julgada e, ao mesmo tempo, abrir o flanco a ataques fundados em questões vencidas” (TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão, p. 86).

constitucionais. Contudo, são crescentes as insatisfações com o não cumprimento das promessas basilares da modernidade. O discurso reinante é situado no fato de que o dogma da separação dos poderes conduziu a um cenário em que os poderes constituídos (Legislativo e Executivo) se mostraram incapazes de garantir a realização dos deveres prestacionais que lhes foram delegados.

Ocorre que a eficácia dos direitos fundamentais sociais⁸²⁷ está condicionada ao universo dos recursos orçamentários disponíveis. Aliás, os últimos anos do século XX assistiram ao libelo neoliberal acusando que a Constituição de 1988 substancia um entrave ao desenvolvimento da economia e ainda ao livre funcionamento do mercado. Paradoxalmente, o *minimalismo* prestacional veio acompanhado do recrudescimento dos aparatos repressivos estatais⁸²⁸. Ao que parece, contudo, a derrocada dos mercados internacionais e a crise econômica de setembro de 2008 recomendam retomar a importância dos marcos regulatórios e dos programas intervencionistas estatais.

Portanto, ao se admitir os princípios constitucionais como fontes irradiadoras dos direitos sociais, a discussão é deslocada para a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais⁸²⁹. Assim, naquilo que concerne ao objeto do presente estudo, interessa examinar a escalada dos direitos prestacionais exigíveis

⁸²⁷ Robert ALEXY classifica as prestação materiais do Estado na categoria de deveres prestacionais em sentido estrito (ou direito social fundamental): “Los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que – si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente – podría obtenerlo también de particulares. Cuando se habla de derechos sociales fundamentales, por ejemplo, del derecho a la previsión, al trabajo, la vivienda y la educación, se hace primariamente referencia a derechos a prestaciones en sentido estricto” (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 482).

⁸²⁸ “De maneira contraditória, o minimalismo estatal apregoado pelas correntes neoliberais restringe-se a determinados aspectos da estatalidade, frise-se, à intervenção na economia – notadamente a regulamentação legal da força de trabalho e às barreiras ao comércio internacional – e à outorga de prestações sociais, não se estendendo a outras áreas com semelhante intensidade. Trata-se, portanto, de um minimalismo altamente seletivo. (...) Quanto a outros aspectos, mesmo nos países precursores das maiores reformas neoliberais, o que se observa, é um significativo aumento do aparato repressivo estatal, seja este compreendido como forças de segurança interna, seja compreendido como as Forças Armadas. Aliás, a necessidade de um Estado com instituições policiais e militares fortes é expressamente admitida por alguns dos principais teóricos representantes do pensamento neoliberal” (SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos do direito, Vol. 1, Reserva do possível**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2010. p. 112/113).

⁸²⁹ Contundente a assertiva de Celso de Albuquerque MELLO, ao ressaltar que não é aceitável abandonar o homem em uma política “neo-darwinista”, em que apenas os que têm condições de pagar pela sua manutenção poderão sobreviver (MELLO, Celso Albuquerque de. O § 2º do art. 5º da constituição federal. In **Teoria dos direitos fundamentais**. Ricardo Lobo Torres (Org.), 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 143).

do Estado, pois a defesa do efeito vinculante na perspectiva até aqui traçada, pode representar (em tese) um fator de tensão com o princípio democrático e ainda com a liberdade de conformação do legislador. A questão ainda guarda relação com o modelo teórico da reserva do possível⁸³⁰.

Dessa forma, é possível descortinar o horizonte do debate envolvendo a exigência dos direitos sociais prestacionais (acesso à educação, tratamento de saúde, fornecimento de medicamentos etc.), em típicos processos envolvendo a Fazenda Pública⁸³¹. Nesse sítio, algumas posições são ancoradas nas teorias envolvendo os *custos* dos direitos, que servem de esteio para justificar as escolhas dentro de um ambiente de escassez⁸³².

A matéria não escapou ao exame do Supremo Tribunal Federal e, talvez, o caso mais paradigmático envolvendo a denegação dos direitos prestacionais sociais

⁸³⁰ É nesse sentido que se remete ao princípio da reserva do possível, explicado por Ana Paula de Barcellos: "A expressão *reserva do possível* procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado - e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta -, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. Em suma: pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo" (BARCELLOS, **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 236-237).

⁸³¹ Parece emblemático, no que concerne ao tema, o legado de *Brown vs Board Education of Topeka* (1963), pois o reflexo da decisão constitucional da Suprema Corte americana repercutiu em termos de reestruturação de organizações de grande porte e, de modo geral, com os sistemas de educação pública: "*Brow* exigia nada menos que a transformação dos 'sistemas duais de escolas', com escolas separadas para negros e brancos, em 'sistemas unitários de escolas, não-raciais', o que implicava em uma reforma organizacional profunda. Tal transformação exigia novos procedimentos para a escolha de alunos; novos critérios para a construção de escolas; a substituição dos corpos docentes; a revisão do sistema de transportes para acomodar novas rotas e novas distâncias; nova alocação de recursos entre escolas e atividades; a modificação do currículo; o aumento de verbas; a revisão dos programas desportivos das escolas; novos sistemas de informação para monitorar o desempenho da organização; e muito mais. Entendeu-se, a tempo, que o fim daquela segregação era um processo de transformação total, no qual o juiz encarregava-se da reconstrução de uma instituição social existente. A eliminação da segregação exigia uma revisão das concepções formadas sobre a estrutura de partes, novas formas de controle do comportamento judicial e novas maneiras de observar a relação entre direitos e medidas judiciais" (FISS, Owen. Ob. Cit., p. 28).

⁸³² Com efeito, Gustavo AMARAL *denuncia* que os economicistas procuram manobrar o fenômeno jurídico com o balizamento da relação custo-benefício, advertindo que: "(...) Pretender que as prestações positivas possam, sempre e sempre, ser reivindicáveis, pouco importando as consequências financeiras e eventuais impossibilidades do Erário é divorciar tais pretensões de qualquer fundamento de justiça, seja porque a falta de recursos provocará discriminações arbitrárias sobre quem receberá a utilidade concreta e quem não receberá [...] e, ainda, desequilíbrio entre as pretensões voltadas para abstenções arrecadatórias e, ainda, com anseios difusos, voltados para um estado de equilíbrio social, incompatível com a total desestabilização das finanças públicas" (AMARAL, Gustavo. *Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. In Teoria dos direitos fundamentais*. Ricardo Lobo Torres (Org.), 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 117).

está circunscrito à discussão traçada na arguição de descumprimento de preceito fundamental de n.º 45, relatada pelo Min. Celso de Mello. Assim, no bojo daquele julgamento, foi assentado que a cláusula da *reserva do possível* não pode ser *manipulada*, pelo Poder Público, como forma de afastar o cumprimento das obrigações prestacionais asseguradas constitucionalmente. Com efeito, o acórdão em questão consignou que não se mostra lícito ao Poder Público, “mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e(ou) político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência”. Assim, de acordo com a referida decisão constitucional, a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade⁸³³.

⁸³³ EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBITRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA 'RESERVA DO POSSÍVEL'. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO 'MÍNIMO EXISTENCIAL'. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). DECISÃO: (...) O autor da presente ação constitucional sustenta que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. (...) Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. (...) Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: (...) É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela

Por tais razões, não parece aceitável que o reflexo financeiro-orçamentário⁸³⁴ da extensão dos efeitos vinculantes no cenário do controle difuso venha a ser considerado óbice para a sua ampliação. Afinal, a positivação de resoluções de caráter normativo, sob as vestes de sentenças *aditivas* ou *substitutivas*, seja ainda por meio da interpretação conforme a Constituição, pode conduzir a um parâmetro de julgamento com reflexos financeiro-orçamentários de monta. Logo, a extensão do efeito vinculante na seara do controle difuso de constitucionalidade não pode esbarrar em argumentação semelhante. Cabe o registro de que não compete ao Judiciário decidir a alocação de recursos em caráter abstrato e tampouco controlar as escolhas feitas pelos demais Poderes. Mas, poderá fazê-lo diante da situação

gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará ilícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e(ou) político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. (...) Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (...) Todas as considerações que venho de fazer justificam-se, plenamente, quanto à sua pertinência, em face da própria natureza constitucional da controvérsia jurídica ora suscitada nesta sede processual, consistente na impugnação a ato emanado do Senhor Presidente da República, de que poderia resultar grave comprometimento, na área da saúde pública, da execução de política governamental decorrente de decisão vinculante do Congresso Nacional, consubstanciada na Emenda Constitucional nº 29/2000. Ocorre, no entanto, como precedentemente já enfatizado no início desta decisão, que se registrou, na espécie, situação configuradora de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental. Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, julgo prejudicada a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da perda superveniente de seu objeto. Arquivem-se os presentes autos. Publique-se. Brasília, 29 de abril de 2004. Ministro CELSO DE MELLO" (STF – Rel. Min. Celso de Mello – j. 29.04.2004 – DJ 04.05.2004).

⁸³⁴ A questão é sensível e não escapou à percepção de Sérgio Cruz ARENHART, em cujo trabalho foi descortinado o problema dos reflexos financeiros das decisões judiciais: "Obviamente, no campo financeiro, também estas decisões produzirão reflexos sensíveis. Afinal, é certo que a determinação judicial, impondo ao Estado a adoção de certa postura (especialmente quando a determinação for de alguma atitude comissiva), importará novos custos, novo gerenciamento de recursos e alteração nas prioridades governamentais. Em tais casos, as decisões políticas receberão um componente a mais: os limites impostos pela decisão judicial ou as indicações de agir por ela determinados. Em tudo isso se vê a mão do juiz a participar, de forma mais efetiva, da gestão da coisa pública, influyendo diretamente na adoção e realização de políticas públicas. Esta influência, com efeito, já é sentida na prática, sendo constantes ações civis públicas que visam à implementação de certos direitos constitucionais ou que objetivam impedir o Estado de realizar algo de seu interesse" (ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário. In *Custos Legis – Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*, Ano I, Número 1, 2009. p. 1-20).

concreta, quando instado na via judicial adequada. De acordo com Gustavo AMARAL, incumbe ao magistrado a tarefa de:

projetar o conteúdo de pretensão positiva em que está investido o particular para, depois, contrastando o teor dessa pretensão com a realidade fática, verificar se há violação *potencial*. Havendo a violação potencial, cabe ao magistrado, então, questionar as razões dadas pelo Estado para suas escolhas, fazendo a ponderação entre o grau de essencialidade da pretensão e o grau de excepcionalidade da situação concreta, a justificar, ou não, a escolha estatal.⁸³⁵

Aliás, cabe frisar que a discussão está circunscrita ao horizonte dos direitos *prestacionais* envolvendo a Fazenda Pública, razão pela qual, a solução para o possível impasse daí decorrente pode ser buscada com a aplicação analógica do art. 56, § 3º, da Lei n.º 9.784/1999. Ou seja, em se tratando da oponibilidade das súmulas vinculantes em face da Administração Pública, foi aventado o critério de prévio exaurimento da instância administrativa. Logo, no caso de descumprimento do comando sumular, o interessado pode manejar recurso administrativo direcionado à autoridade hierarquicamente superior. Assim, é de se observar que o art. 56, § 3º, da Lei n.º 9.784/1999 dispõe que compete à autoridade prolatora da decisão impugnada, antes de encaminhar o recurso à autoridade superior, expor “as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula”. Ora, a solução aventada para o processo administrativo envolvendo o não cumprimento da súmula vinculante pode ser aplicada analogicamente para afastar quaisquer óbices decorrentes da expansão do efeito vinculante, pois, a eventual escassez de recursos deverá ser explicitada na esfera da via administrativa ou ainda na via judicial adequada. Aliás, nesta oportunidade, caberá ainda ao arguente apontar porque os montantes *orçamentários* contingenciados não foram realizados para a consecução das políticas públicas traçadas pelo legislador.

3.3.4. Efeito vinculante e uma possível contradição discursiva com a ideia de abertura nos processos de interpretação da Constituição.

Por sua vez, no tocante à possível contradição entre a perspectiva de abertura na interpretação constitucional e a expansão do efeito vinculante nos

quadrantes do controle difuso, é de se aceitar que a eventual contradição é só aparente, pois a premissa assentada por HABERLE é que a interpretação da Constituição não é prerrogativa exclusiva da Corte Constitucional⁸³⁶, o que, por óbvio, não significa dizer que não se tenha que conferir uma palavra final à guisa de coroar a decisão constitucional, após a intensificação do debate⁸³⁷.

Aliás, a defesa da tese ora esposada também está assentada no princípio da unidade da Constituição⁸³⁸, pois diferentes autoridades estão jungidas às razões prevaletentes detectadas após o debate descortinado, assistido por interlocutores qualificados, na esteira do que foi antes assentado.

Por certo, os casos que apresentem identidade de circunstância e similaridade suficiente no substrato fático não podem comportar resoluções distintas, e com maior ênfase, há que se preservar a leitura constitucional formalizada pelo órgão incumbido das prerrogativas consentâneas com a jurisdição constitucional.

3.3.5. O efeito vinculante e o dogma da separação dos poderes.

⁸³⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. Ob. Cit., p. 208.

⁸³⁶ “Até pouco tempo imperava a ideia de que o processo de interpretação constitucional estava reduzido aos órgãos estatais ou aos participantes diretos do processo. Tinha-se, pois, uma fixação da interpretação constitucional nos ‘órgãos oficiais’, naqueles órgãos que desempenham o complexo jogo jurídico-institucional das funções estatais. Isso não significa que se não reconheça a importância da atividade desenvolvida por esses entes. A interpretação constitucional é, todavia, uma ‘atividade’ que, potencialmente, diz respeito a todos. Os grupos mencionados e o próprio indivíduo podem ser considerados intérpretes constitucionais indiretos ou a longo prazo. A conformação da realidade da Constituição torna-se também parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes a essa realidade” (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*, p. 24).

⁸³⁷ Damares MEDINA afirma que é impossível oferecer uma resposta definitiva para desafio tão complexo: “A jurisdição constitucional deverá ser inclusiva, de forma a abranger segmentos sociais relevantes para o deslinde das controvérsias constitucionais (comprometimento por participação). Contudo, a pergunta permanece atual: como solucionar o aparente paradoxo do fechamento operacional / procedimental e da abertura participativo-inclusiva sem comprometer o contencioso constitucional? Impossível oferecer resposta definitiva para tão complexo desafio. O *amicus curiae* é uma das formas de alcançar essa inclusão participativa, aqui analisada a partir de sua intervenção no processo de tomada de decisão judicial no STF” (MEDINA, Damares. Ob. Cit., p. 35).

⁸³⁸ “Do mesmo modo, a sujeição das diversas autoridades do Estado à mesma solução constitucional comporta concretização do princípio da unidade da Constituição. Autoridades administrativas ou judiciais de localidades distintas estarão jungidas às mesmas razões e fundamentos, de modo que a Constituição será, na medida do possível, aplicada de idêntica forma. Sendo a Constituição a mesma, o seu conteúdo e o seu cumprimento não podem variar de acordo com a localidade, o caso ou a esfera de poder” (LEAL, Roger Stiefelmann. Ob. Cit., p. 115).

Por derradeiro, há que se aceitar que o dogma da *supremacia* do legislador⁸³⁹ foi sofrendo abrandamentos ao longo do século XX, até porque não se está advogando pela adoção de “soluções” inéditas capazes de verdadeiramente inovar na ordem jurídica. Não há como sustentar, hodiernamente, que a primazia na edição de normas gerais e abstradas possa representar um óbice para o efeito vinculante⁸⁴⁰. Ora, presumindo-se uma concepção *organicista* do Poder Judiciário, nada obstaria que, em tese, todos os órgãos jurisdicionais ventilassem a mesma espécie de solução normativa para os casos similares que lhes fossem submetidos. Diga-se de passagem, não seria crível que a opção “voluntarista” dos órgãos integrantes do Poder Judiciário, ao sinalizarem com a mesma “solução” para casos similares, fosse “tachada” como vilipendiadora do dogma da separação dos poderes. Em outras palavras: se a questão do efeito vinculante fosse discutida como matéria *interna corporis* do Poder Judiciário (o que se admite apenas para efeitos de argumentação), por certo a opção de respeito aos *precedentes* dos Tribunais Superiores para casos similares não poderia ser tachada de violação ao postulado da supremacia do legislador.

Assim, conforme anotado por Luiz Guilherme MARINONI, o respeito aos precedentes não depende de regra legal que afirme sua obrigatoriedade⁸⁴¹. Cuida-

⁸³⁹ “A ausência do respeito ao *stare decisis* também nos parece derivar da tentativa, bastante veiculada pelos defensores dos ideais liberais do século XIX na Europa, e seus seguidores no Brasil, de que a produção normativa deve ser monopolizada pelo Poder Legislativo, enquanto ao Poder Judiciário resta tão-somente fazer valer as decisões (leis) tomadas pelos legisladores no caso concreto, decisões estas que carregariam consigo o dogma da perfeita clareza que atribuiria segurança na sua aplicação. Assim, decisões com efeitos geral e abstrato deveriam ser tomadas, somente, pelo Poder Legislativo, aí o dogma da *Supremacia do Legislador*” (LAMY, Marcelo; e, CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Ob. Cit., p. 301).

⁸⁴⁰ Com efeito, a partir das projeções do neoconstitucionalismo, não se pode aceitar o argumento simplista de que “o princípio da independência é inconciliável com a imposição de diretivas e instruções decisórias vinculantes para além da lei, mesmo que esta imposição se dê desde dentro do próprio Judiciário. O exclusivo compromisso dos tribunais e de cada magistrado com o direito e a justiça pressupõe a divergência de soluções concretas dada a diferenciação concreta dos casos...” (MACHADO, Fábio Cardoso. Da uniformização jurídico-decisória por vinculação às súmulas de jurisprudência: objeções de ordem metodológica, sociocultural e político-jurídica. *In A reforma do poder judiciário*. Coordenação Fábio Cardoso Machado e Rafael Bicca Machado, São Paulo : Quartier Latin, 2006. p. 270).

⁸⁴¹ “A falta de explicitação legal de precedentes vinculantes pode ser vista como autêntica falta de tutela da segurança jurídica, omissão do legislador. De qualquer forma, o respeito aos precedentes não depende de regra legal que afirme a sua obrigatoriedade, pois as normas constitucionais que atribuem aos tribunais superiores as funções de uniformizar a interpretação da lei federal e de afirmar o sentido da Constituição Federal são indiscutivelmente suficientes para darem origem a um sistema de precedentes vinculantes” (MARINONI, Luiz Guilherme. A segurança jurídica como fundamento do respeito aos precedentes, p. 69).

se aí, tão-somente, de redimensionar a esfera de atuação dos órgãos jurisdicionais. Além disso, a defesa do dogma da separação dos poderes não é suficiente para “apequenar” as decisões da Corte Suprema nas hipóteses de graves violações à ordem jurídica⁸⁴². E, por fim, o argumento atinente à violação do dogma da separação dos poderes perde a força na medida em que despreza a essência do fenômeno jurídico⁸⁴³, confundindo categorias distintas (“norma”, “texto” e “lei”, para ficar apenas nestas categorias). Ou seja, a edição da lei é primazia do Parlamento e, via de regra, o Judiciário estará apenas revelando a “norma jurídica” daí advinda.

Aliás, o “tensionamento” desse tipo de argumentação conduz a um posicionamento refratário à própria conformação da jurisdição constitucional, haja vista o seu aspecto *contramajoritário*, tema este que se pode dizer (quase) superado na história do constitucionalismo mundial. Ou seja, o argumento é débil, pois, em tais hipóteses, não se está a criticar o efeito vinculante, mas, em verdade, o próprio mote da jurisdição constitucional. Curiosamente, entretanto, os opositoristas que identificam violação ao dogma da separação dos poderes nas hipóteses de expansão do efeito vinculante jamais se posicionaram contrários aos mecanismos de arguição de inconstitucionalidade⁸⁴⁴.

⁸⁴² Mais uma vez afigura-se oportuno se reportar à experiência do direito indiano, na forma apontada por Roberto GARGARELLA, pois, naquele País, a Corte indiana – ao invés de simplesmente anular uma lei polêmica – resolveu colaborar com o Congresso em sua nova redação: “Uma segunda característica inovadora da Corte da Índia (já evidente no comentário anterior) é a maneira com a qual ela desafiou, explicitamente, as considerações tradicionais a respeito da noção de separação de poderes. De acordo com as noções mais comuns sobre o tema, espera-se que a Corte assumia uma atitude reverencial em relação às decisões dos poderes políticos, exceto quando ocorram graves violações à lei. Contra esse ponto de vista, a Corte indiana assumiu um papel mais ‘agressivo’ e tentou colaborar ativamente com os poderes políticos na criação de decisões imparciais. Por exemplo, no caso de *Azad Rickshaw Pullers Union contra Punjab*, a Corte decidiu não anular uma lei polêmica, mas colaborar com o Congresso em sua nova redação, a fim de criar uma norma mais adequadamente inclusiva. Segundo a opinião da Corte, esta e os advogados concordaram quanto a este enfoque construtivo e se esforçaram, após várias marchas e contramarchas, para modelar um novo projeto de lei” (GARGARELLA, Roberto. *Democracia deliberativa e o papel dos juízes diante dos direitos sociais*, p. 222).

⁸⁴³ Com efeito, endossando a observação de Luis Roberto BARROSO, tem-se que: “A moderna dogmática jurídica, no entanto, de longa data já não endossa a crença de que as normas jurídicas tenham, invariavelmente, sentido unívoco, oferecendo uma única solução possível para os casos concretos aos quais se aplicam. Em muitas hipóteses, a norma – especialmente a norma constitucional, quando tem conteúdo fluído e textura aberta – oferece um conjunto de possibilidades interpretativas, figurando como uma moldura dentro da qual irá atuar a criatividade do intérprete. Como consequência, a atividade de interpretação da norma consistirá também em um ato de vontade (volitivo), uma escolha, envolvendo uma valoração específica feita pelo intérprete” (BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 54).

⁸⁴⁴ “Ora bem: se o juiz constitucional utiliza-se da vontade, identifica valores substantivos e faz escolhas – isto é, se o ato judicial não é meramente cognitivo, mas também volitivo –, cai por terra a

3.3.6. A exigência de conformação constitucional da matéria.

O argumento de que a Constituição Federal não confere o balizamento para a eficácia vinculante no âmbito do controle difuso parece não convencer, pois, a rigor, o texto constitucional também não confere à arguição de descumprimento de preceito fundamental o efeito vinculante prescrito no art. 10, § 3º, da Lei n.º 9.882/1999⁸⁴⁵. Apesar disso, se reconhece no âmbito desta que “a decisão final da arguição vinculará os juízes dos processos invocados para evidenciar a existência da controvérsia relevante. (...) Ou seja, a vinculação dos juízes dos processos invocados não se diferenciara, de modo algum, da dos demais magistrados e agentes públicos”⁸⁴⁶.

Em outras palavras: se é verdadeiro que a Constituição Federal não “chancela” o efeito *vinculante* para o controle difuso de constitucionalidade, parece acertado concluir que o art. 102, § 1º, da CF/88 também “não contemplou” efeito vinculante para o mecanismo da arguição de descumprimento de preceito fundamental (razão pela qual, dar-se-ia a inconstitucionalidade da regra do art. 10, § 3º, da Lei n.º 9.882/1999⁸⁴⁷). No entanto, a doutrina brasileira não se insurge contra o efeito vinculante advindo da regra do art. 10, § 3º, da Lei n.º 9.882/1999, motivo pelo qual não há razão plausível para compreender de forma diversa o pronunciamento emanado do controle difuso de constitucionalidade, decorrente do

legitimação do controle de constitucionalidade com base na concepção tradicional da separação de Poderes. Este impasse ao qual chegou o conhecimento convencional, também denominado liberal-positivista, levou a nova dogmática e a nova hermenêutica jurídico-constitucionais – batizadas como pós-positivismo – à busca de novos fundamentos de legitimidade para a jurisdição constitucional. Nesse novo paradigma pós-positivista, parte do esforço empreendido consiste em minimizar o conteúdo discricionário do elemento volitivo da decisão constitucional, revestindo-o de uma fundamentação racional, que deve ser compartilhada com a comunidade” (BARROSO, Luis Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 55).

⁸⁴⁵ Com efeito, de acordo com Edilson Pereira NOBRE JUNIOR, “não padece de inconstitucionalidade o art. 10, § 3º, da Lei 9.882/99, ao enfatizar que a decisão de mérito será eficaz contra todos e possuirá efeito vinculante com relação aos órgãos do Poder Público, uma vez que, além de o permitir a remissão na ‘forma da lei’, contida no art. 102, § 1º, da CF, tal constitui uma característica imanente à jurisdição constitucional como atributo indispensável à garantia de suas decisões; de conseguinte, caberá reclamação contra o não cumprimento do decidido pelo Supremo Tribunal Federal” (NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Ob. Cit., p. 122).

⁸⁴⁶ TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão, p. 493.

⁸⁴⁷ “Art. 10. (...) § 3º. A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público”.

reconhecimento da repercussão geral apreciada no julgamento de recurso extraordinário.

Ainda que se diga que alguns dispositivos da Lei n.º 9.882/1999 foram objeto de impugnação por meio de ação direta de inconstitucionalidade, parece pouco provável – após a concessão de inúmeras liminares com substrato naquela legislação – que o Supremo Tribunal Federal venha a se pronunciar pela inconstitucionalidade daquele diploma legal.

Tampouco convence o argumento de que se trata de hipótese afeta única e exclusivamente ao controle objetivo, pois, em última análise, tal critério classificatório foi *construído* doutrinariamente.

3.3.7. O efeito vinculante e a necessidade de modulação da eficácia da decisão constitucional advinda do controle difuso.

A preservação de efeitos da norma inconstitucional é compatível com os julgamentos proferidos no controle *difuso* de constitucionalidade. Por certo, a expansão do efeito vinculante está jungida a um parâmetro de interpretação temporal. Assim, as mesmas razões que norteiam a *modulação temporal* dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade na esfera do controle concentrado podem justificar também a modulação da decisão constitucional advinda do controle difuso. Ou seja, “as diferenças do controle difuso em relação ao abstrato, mormente no que se refere à eficácia subjetiva e material da decisão de inconstitucionalidade, não representam obstáculo ao reconhecimento da possibilidade da modulação da eficácia temporal de tal provimento jurisdicional”⁸⁴⁸. Aliás, os parâmetros temporais que possam ser extraídos da decisão proferida pelo STF podem guiar a disciplina da resolução senatorial, caso o Senado Federal venha a exercer a competência assinalada pelo art. 52, X, da CF/88.

A matéria comporta exame a partir dos reflexos do julgamento da Reclamação n.º 4.335 na esfera do STF. A reclamação em questão foi endereçada ao Supremo Tribunal Federal em função da decisão do juiz da vara de execuções penais de Rio Branco (Ac), que negou a progressão de regime carcerário para preso condenado pela prática de crime hediondo. Isto porque, ao apreciar o recurso

⁸⁴⁸ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Ob. Cit., p. 95.

extraordinário n.º 82.959 (em 23.02.2006), o Supremo reconheceu a inconstitucionalidade *parcial* da Lei n.º 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos), no tocante à impossibilidade de progressão do regime de penas. Com essa situação emblemática, diga-se de passagem, o Supremo passou a se defrontar com a necessidade de limitar a *eficácia temporal* de suas decisões no controle difuso⁸⁴⁹.

Logo, o manejo das técnicas de modulação assentadas na Lei n.º 9.868/1999 torna-se algo premente em relação ao controle difuso. De acordo com Wellington Márcio KUBLISCKAS, a discussão envolvendo o HC n.º 82.959-SP (concernente à vedação da *progressão de regime* aos condenados pela prática de *crime hediondo*), substancia o caso mais emblemático de mutação constitucional, cujo julgamento proferido em sede de controle difuso de constitucionalidade fez por despontar uma nova compreensão da “suspensão senatorial” prevista no art. 52, X, da Constituição de 1988. Conforme defendido no primeiro capítulo deste estudo, tem-se advogado com a idéia de que - ao invés de *suspender* a execução de leis e atos normativos declarados inconstitucionais pelo STF em sede de controle difuso -, o Senado Federal está embuído apenas de conferir *publicidade* a tais decisões⁸⁵⁰. Afinal, não

⁸⁴⁹ “A nova construção, por óbvio, não pode afetar casos já passados em julgado, com exceção dos que tocam com a matéria penal. Estes casos produzem efeitos retroativos, quando em favor dos réus (direito material). Note-se que, muito embora o STF possa vir a decidir em favor desta nova tese (retroatividade), nem por isto as decisões já existentes no controle difuso do STF – como quer, por exemplo, Teori Zavascki – terão eficácia retroativa. A (futura) decisão acerca da retroatividade dos julgados (Reclamação 4.335) **não terá efeito retroativo**, pois consiste em direito novo que rompe com toda a jurisprudência do Supremo acerca do tema. Assim, a pretensão de, com base em julgamento ainda não finalizado, garantir a via privilegiada da ação rescisória para os casos já julgados pelo Supremo esbarra em uma importante questão de direito intertemporal” (APPIO, Eduardo. Controle difuso de constitucionalidade, p. 97).

⁸⁵⁰ De acordo com Wellington Márcio KUBLISCKAS, identifica-se aí o fenômeno da mutação constitucional, no tocante à questão envolvendo a progressão do regime da pena: “(...) *um outro exemplo de mutação constitucional ocorrida durante a vigência da Constituição Federal de 1988 pode ser percebido na interpretação dada pelo STF ao art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, que prevê o princípio da individualização da pena. (...) Mais recentemente, chamado a se manifestar novamente acerca da mesma questão, o Pretório Excelso, nos autos do HC 82.959-7/SP, modificou seu posicionamento anterior e entendeu ser inconstitucional o art. 2º, § 1º da Lei de Crimes Hediondos sob o argumento de que a vedação à progressão do regime afronta o direito fundamental à individualização da pena já que, ao não permitir que se considerem as peculiaridades de cada pessoa, a sua capacidade de reintegração social e os esforços aplicados com vistas à ressocialização, acaba por afetar o núcleo essencial desse direito. No caso, é possível identificar uma mutação constitucional ao passo que, sem ocorrência de qualquer modificação formal no texto do art. 5º, LXVI, da Constituição, o STF, considerando as novas tendências da política criminal que valorizam a ressocialização dos infratores, promoveu uma releitura do princípio da individualização da pena, princípio que, dado o seu conteúdo polissemântico, admitia a interpretação inicialmente dada e admite a nova interpretação, diametralmente oposta, sem a necessidade da edição de uma emenda constitucional*” (KUBLISCKAS, Wellington Márcio. Ob. Cit., p. 253/254).

se pode aceitar, nesse particular, que em abono à tese da *discrecionarietà* quanto ao exercício da competência prevista no art. 52, X, da CF/88, o Senado Federal venha a exercer um juízo *político* de sorte a “esvaziar” o conteúdo da declaração de inconstitucionalidade⁸⁵¹.

Dessa forma, cabe examinar em que medida tais fenômenos conduzem à necessidade de *modulação* dos efeitos desse tipo de pronunciamento em sede de controle difuso de constitucionalidade. E mais: cabe indagar ainda se a decisão proferida no controle abstrato é capaz de gerar projeções no âmbito do sistema difuso ou incidental. Não há que se olvidar que o tema desperta grandes controvérsias na seara do direito comparado⁸⁵².

Cabe o registro de que, no cenário pátrio, a imposição da modulação *temporal* não pode ser creditada à *expansão* do efeito vinculante; mas, em verdade, deve ser creditada à aproximação entre as duas vertentes do controle de constitucionalidade adotadas pela Constituição da República, em prol de um sofisticado modelo híbrido

⁸⁵¹ Eduardo TALAMINI, ao anotar que o entendimento corrente acerca da suspensão senatorial é de ordem *discrecionária*, afirma que tem-se entendido que o Senado não está adstrito a um prazo para apreciar a questão, afirmando que: “Mais ainda, ao apreciá-la, pode decidir por não retirar a norma do ordenamento. Assim, já houve ocasião em que o Senado negou-se a ‘suspender a execução da lei’ (a) por reputar que a conclusão pela inconstitucionalidade, definida no Supremo em apertada maioria, poderia ainda ser revista e (b) por considerar excessivamente gravosos os efeitos que adviriam da retirada da norma” (TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão, p. 448). Mais adiante, o autor afirma que o modelo é muito criticado pela doutrina, remontando à período em que se temia pela atribuição de poderes excessivos aos juízes: “Não se coaduna com a gama de poderes atualmente conferidos ao Judiciário, inclusive no próprio campo do controle de constitucionalidade. Por isso, tem-se sugerido mudança na Constituição, para que, dentro de certas condições, diretamente se empreste à declaração incidental do Supremo eficácia geral. Mas, enquanto isso não ocorrer, a norma constitucional permanece em vigor” (TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão, p. 449).

⁸⁵² Gilmar Ferreira MENDES comenta a experiência americana a partir das situações de alteração da jurisprudência: “No direito americano, o tema poderia assumir feição delicada, tendo em vista o caráter incidental ou difuso do sistema, isto é, modelo marcadamente voltado para a defesa de posições subjetivas. Todavia, ao contrário do que se poderia imaginar, não é rara a pronúncia de inconstitucionalidade sem atribuição de eficácia retroativa, especialmente nas decisões judiciais que introduzem alteração de jurisprudência (*prospective overruling*). Em alguns casos, a nova regra afirmada para a decisão aplica-se aos processos pendentes (*limited prospectivity*); em outros, a eficácia *ex tunc* exclui-se de forma absoluta (*pure prospectivity*). Embora tenham surgido no contexto das alterações jurisprudenciais de precedentes, as *prospectivity* têm integral aplicação às hipóteses de mudança de orientação que leve à declaração de inconstitucionalidade de uma lei antes considerada constitucional. A prática da *prospectivity*, em qualquer de suas versões, no sistema de controle americano, demonstra, pelo menos, que o controle incidental não é incompatível com a ideia da limitação de efeitos na decisão de inconstitucionalidade” (MENDES, Gilmar Ferreira. Limitação de efeitos no sistema difuso e a aplicação do art. 27 da lei 9.868/99: algumas notas. In **Estudos de direito constitucional em homenagem a Cesar Asfor Rocha [Teoria da constituição, direitos fundamentais e jurisdição]**, Paulo Bonavides, Germana Moraes e Roberto Rosas [orgs.], Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Editora Renovar, 2009. p. 35).

genuinamente nacional. Em última análise, os motivos que justificam a possibilidade de modulação dos efeitos temporais no controle abstrato também podem estar presentes na fiscalização difusa de constitucionalidade⁸⁵³.

Mesmo que se argumente com a assertiva de que o artigo 27 da Lei n.º 9.868/1999 é aplicável apenas ao contexto das ações típicas do controle concentrado de constitucionalidade, não ficam afastados o uso das técnicas de *ponderação* e o emprego da *proporcionalidade* para fins de modular o alcance da decisão constitucional proferida em controle difuso. Com efeito, Paulo Roberto Lyrio PIMENTA, partindo da análise da jurisprudência da Corte Suprema, colaciona diversos exemplos da *modulação temporal* em sede de controle difuso, destacando, assim, episódio julgado pela 2ª Turma do STF, envolvendo magistrados mineiros e o direito à não devolução de vantagens pecuniárias advindas de lei declarada inconstitucional⁸⁵⁴.

Wellington Márcio KUBLISCKAS, a seu turno, faz menção ainda ao julgamento do REsp n.º 197.917⁸⁵⁵ e, apesar de “rotulá-lo” como hipótese

⁸⁵³ “Ademais, os motivos que justificam a possibilidade de modulação dos efeitos temporais no controle abstrato também se fazem presentes no tipo de fiscalização em pauta, posto que a pronúncia de inconstitucionalidade com eficácia retroativa pode conduzir a resultados graves, na medida em que os efeitos dos atos jurídicos praticados com base na norma inconstitucional muitas vezes são tutelados pela lei ou por princípios jurídicos. É necessário, portanto, causar o menor sacrifício possível aos bens e interesses em colisão. No controle abstrato, tendo em vista a eficácia *erga omnes* da decisão de inconstitucionalidade, a modulação dos efeitos muitas vezes quer evitar os efeitos para uma classe de sujeitos de uma decisão com eficácia retroativa. Na fiscalização difusa, tal questão só terá importância no julgamento das ações coletivas, em algumas das quais a inconstitucionalidade poderá ser pronunciada (ex.: mandado de segurança coletivo), atingindo um leque de sujeitos. No entanto, mesmo para as ações individuais, em muitas situações, razões ligadas à segurança jurídica, ao interesse público ou a outros princípios constitucionais poderão impor a aplicação da proporcionalidade para evitar que os problemas gerados pela declaração com efeitos retroativos sejam superiores às vantagens decorrentes da preservação dos efeitos dos atos jurídicos realizados com base nas regras inconstitucionais” (PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Ob. Cit., p. 96).

⁸⁵⁴ Trata-se do julgamento do RE 122.202 (STF – 2ª Turma – RE 122.202 – Rel. Min. Francisco Rezek – DJU 08.04.1994): “O Estado de Minas Gerais interpôs recurso extraordinário para reformar acórdão que havia assegurado aos magistrados mineiros o direito de não restituírem vantagens pecuniárias percebidas em razão de nova viciada, bem como de continuarem auferindo esta retribuição pecuniária. O apelo foi provido em parte pela Corte, para reconhecer o direito a não-devolução, sob o fundamento de que violava a garantia constitucional da irredutibilidade, que seria intangível, em face da declaração de inconstitucionalidade da lei que determinava o pagamento dessa verba. Reconheceu-se, assim, o caráter prospectivo da decisão de inconstitucionalidade, negando-se, porém, o direito à manutenção do pagamento, eis que efetuado com base em norma eliminada do sistema” (PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Ob. Cit., p. 98).

⁸⁵⁵ Com efeito, o julgado em questão girou em torno da regra do art. 29, IV, da Constituição Federal, o qual contemplava que o número de vereadores em cada Município deve ser fixado proporcionalmente à sua população, respeitados os limites numéricos ali estabelecidos: “Ocorre que na prática, apesar de respeitarem os limites máximo e mínimo, a maioria dos Municípios simplesmente ignorava a regra

exemplificativa de *mudação constitucional*, parece mais apropriado enquadrá-lo como critério de modulação com eficácia *prospectiva*. Com efeito, o caso em questão surgiu a partir do ajuizamento de demanda por parte do Ministério Público Estadual paulista, para fins de se declarar a inconstitucionalidade de dispositivo específico da Lei Orgânica n.º 226/1990, do Município de Mira Estrela (Sp), que fixou o número de cadeiras no Parlamento Municipal em desacordo com a regra do art. 29, IV, da Constituição. A decisão de 1ª (primeira) instância reduziu de onze para nove o número de vereadores daquela Câmara Municipal, com a extinção dos mandatos *excedentes* e com a condenação dos vereadores atingidos a devolver ao Erário local os subsídios indevidamente percebidos. A decisão do juízo *a quo* foi reformada pelo TJSP que, por sua vez, reconheceu a *constitucionalidade* da norma municipal impugnada. O recurso extraordinário interposto foi provido parcialmente, com o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei local, em sede de controle difuso. No entanto, no julgado em questão, sustentou-se a “prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração de inconstitucionalidade”. Ou seja, não se poderia aceitar a tese de que todas as leis locais aprovadas pela Edilidade durante o “período de sua inconstitucional composição seriam, por decorrência, inconstitucionais, com o que a Suprema Corte admitiu também a continuidade de sua composição, ou seja, a manutenção do quadro inconstitucional de Vereadores, até o fim de seu mandato, quando então, na eleição para a próxima composição da Casa Legislativa, seria adotado o número de edis permitido pela lei maior do país”⁸⁵⁶.

É de se ressaltar que o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, na solução deste case envolvendo a limitação do número de cadeiras nas

constitucional da proporcionalidade, gerando uma situação na qual Municípios menos populosos tinham um número superior de vereadores em comparação com Municípios mais populosos. Diante dessa situação, e considerando que a Constituição Federal não fixava um parâmetro matemático rígido para a delimitação da proporcionalidade, o STF, provocado a se pronunciar nos autos do RE n.º 197.917/SP, ‘criou’ um parâmetro apto a concretizar a regra prevista no art. 29, IV, da Carta, consubstanciado em uma tabela reproduzida pelo Tribunal Superior Eleitoral na Resolução n.º 21.702/2004. Assim, o STF promoveu uma mudança constitucional no art. 29, IV, da Constituição Federal de 1988 na medida em que fixou, complementando a Carta Magna e independentemente da atuação do Poder Legislativo, os parâmetros necessários para a concretização da regra da proporcionalidade” (KUBLISCKAS, Wellington Márcio. Ob. Cit., p. 258).

Câmaras de Vereadores Municipais, permite recordar um postulado firmado pela Suprema Corte americana, oriundo do caso *Likletter vs. Walker* (381, US. 618, 629, julgado em 1965), no qual foi assentado que “a Constituição não proíbe nem exige efeitos prospectivos” em matéria de pronunciamento de inconstitucionalidade.

Gilmar Ferreira MENDES observa que se o STF declarar a inconstitucionalidade restrita, “sem qualquer ressalva no controle abstrato, essa decisão afeta os demais processos com pedidos idênticos pendentes de decisão nas diversas instâncias. (...) Os casos concretos ainda não transitados em julgado não de ter o mesmo tratamento (decisões com eficácia *ex nunc*) se e quando submetidos ao STF”⁸⁵⁷. Portanto, diante da possibilidade de modulação temporal dos efeitos do julgamento realizado pelo Supremo, impõe-se resguardar os casos julgados⁸⁵⁸, “preservando-os da incidência dos efeitos diretos da pronúncia (incidental) da nulidade, através da concessão de efeitos prospectivos”⁸⁵⁹. Afinal, o fato de o Supremo Tribunal Federal afirmar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da norma jurídica que deu suporte à decisão do caso concreto não induz, por si só, o

⁸⁵⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva. A súmula 8 e os efeitos prospectivos das decisões da suprema corte. In **Estudos de direito constitucional em homenagem a Cesar Asfor Rocha (Teoria da constituição, direitos fundamentais e jurisdição)**, Paulo Bonavides, Germana Moraes e Roberto Rosas (orgs.), Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Editora Renovar, 2009. p. 415.

⁸⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Limitação de efeitos no sistema difuso e a aplicação do art. 27 da lei 9.868/99: algumas notas. p. 37-38.

⁸⁵⁸ Luis Roberto BARROSO afirma que apenas em situações-limite ou quase-ruptura do sistema poder-se-ia afetar a coisa julgada: “É possível cogitar, portanto, da necessidade de fazer sua ponderação com outros princípios de igual estatura, como o da justiça ou da moralidade, mediante a utilização do princípio instrumental da razoabilidade-proporcionalidade. Essa será, no entanto, uma situação excepcionalíssima. Até porque a coisa julgada, como já mencionado, é uma *regra* de concretização de um princípio (o da segurança jurídica), o que reduz a margem de flexibilidade do intérprete. Somente em situações-limite, de quase-ruptura do sistema, será legítima a superação da garantia constitucional da coisa julgada” (BARROSO, Luis Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 173). Ao seu turno, Eduardo APPIO afirma que “a modulação dos efeitos das decisões do STF no controle difuso não pode atingir, retroativamente, a coisa julgada que se formou nos casos em que os juízes já exerceram o controle difuso de constitucionalidade. O mesmo vale para as decisões do STF em sede de controle concentrado. A Constituição Federal veda a adoção de leis retroativas (*lato sensu*), com uma única exceção em matéria penal. Evidentemente que o próprio instituto da coisa julgada, por estar inserido na Constituição de 1988, é passível de interpretação pelo Supremo, ou seja: o Supremo pode – do ponto de vista político – elastecer esta garantia através da interpretação” (APPIO, Eduardo. Controle difuso de constitucionalidade, p. 137).

⁸⁵⁹ APPIO, Eduardo. Controle difuso de constitucionalidade, p. 104.

desfazimento da coisa julgada⁸⁶⁰. De acordo com Sacha Calmon Navarro COELHO, Misabel Abreu Machado DERZI e Humberto THEODORO JR., o efeito *erga omnes* é aplicável a todos os casos não suscitados ou já suscitados, mas ainda não definitivamente julgados⁸⁶¹. O referido raciocínio, por analogia, pode ser emprestado para a *expansão* do efeito vinculante. Ou seja, “o princípio geral é o de que a força vinculante, em si mesma, não afeta a coisa julgada”⁸⁶².

A leitura ora sugerida coaduna-se com o princípio da não-surpresa (ou proteção da confiança), estando atrelada ainda a outros valores constitucionais⁸⁶³,

⁸⁶⁰ “As funções da coisa julgada e do precedente vinculante à luz da segurança jurídica e da tutela da confiança são distintas. O respeito aos precedentes garante a previsibilidade em relação às decisões judiciais, assim como a continuidade da afirmação da ordem jurídica. A coisa julgada, por sua vez, garante que nenhuma decisão estatal interferirá de modo a inutilizar o resultado obtido pela parte com a decisão acobertada pela coisa julgada, assim como a estabilidade das decisões judiciais. (...) A coisa julgada não pode desaparecer em virtude de uma nova compreensão judicial dos fundamentos da decisão. A coisa julgada apenas pode ser desconstituída em hipóteses extremas, em que vícios graves abrem oportunidade à sua rescisão (art. 485, CPC)” (MARINONI, Luiz Guilherme. A segurança jurídica como fundamento do respeito aos precedentes, p. 69-70). No mesmo sentido, Leonardo GRECO também defende que “a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em controle concentrado de normas pelo Supremo Tribunal Federal não deve ter nenhuma influência sobre anteriores sentenças transitadas em julgado que tenham fundamento em entendimento contrário ao do STF, sobre a questão constitucional. A segurança jurídica, como direito fundamental, é limite que não permite a anulação do julgado com fundamento na decisão do STF. O único instrumento processual cabível para essa anulação, quanto aos efeitos já produzidos pela sentença transitada em julgado, é a ação rescisória, se ainda subsistir o prazo para a sua propositura” (GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração *erga omnes* de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. In **Relativização da coisa julgada: enfoque crítico**. Organizador Fredie Didier Jr., Salvador: JusPodium, 2004. p. 155-156).

⁸⁶¹ “É que, no meio do caminho, entre partes perfeitamente identificadas, pode dar-se a cristalização do direito deduzido na lide pela ocorrência da coisa julgada. E, nesse caso, ulterior decisão contrária do STF, em via de controle difuso, entre outras partes (*res inter alios*), não afeta a decisão que já transitou em julgado. Tampouco dita decisão será afetada por acórdão em sentido contrário e posterior do STF, em via de processo concentrado de controle de constitucionalidade. Nesse caso, o prestígio da coisa julgada serve de anteparo ao direito da parte que venceu a demanda e já recebeu a prestação jurisdicional. O efeito *erga omnes* é, em princípio, para todos os casos não suscitados ou já suscitados mas ainda não definitivamente julgados” (COELHO, Sacha Calmon Navarro, DERZI, Misabel Abreu Machado e THEODORO Jr. Da impossibilidade jurídica de ação rescisória de sentença anterior à declaração de constitucionalidade pelo STF, no direito brasileiro, In **Direito tributário contemporâneo**. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 21).

⁸⁶² Vide, nesse aspecto, a posição de Eduardo TALAMINI (TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão, p. 436-459).

⁸⁶³ “Por evidente, o reconhecimento da inconstitucionalidade – seja em controle abstrato, seja pela extensão dos efeitos da decisão em concreto – não afeta, direta e automaticamente, todas as situações preexistentes. Em nome da segurança jurídica, da justiça ou de outros valores constitucionais, haverá hipóteses protegidas pela coisa julgada, pela boa-fé, pela prescrição ou decadência ou outros bens e interesses que imponham ponderação, como já admitido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (v. *infra*), mesmo antes das inovações legislativas que permitiram a declaração de inconstitucionalidade, sem a pronúncia de nulidade” (BARROSO, Luis Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 92).

razão pela qual, da mesma forma, a sinalização acerca da mudança da jurisprudência também não induz aplicação retroativa do precedente⁸⁶⁴. Em última análise, a superação da *ratio decidendi*, com o advento de outro parâmetro de interpretação acerca da questão constitucional, não é suficiente para o esvaziamento da coisa julgada que venha a se operar durante o interregno de tempo e que a orientação anterior estava a definir certas relações jurídicas. Diga-se o mesmo no tocante à revisão ou ao cancelamento de súmula vinculante, de sorte que os fundamentos determinantes que orientaram a decisão transitada em julgada deverão ser mantidos. Por certo, é preciso preservar as expectativas objetivamente criadas para os jurisdicionados⁸⁶⁵.

Aliás, o raciocínio empreendido relativo à modulação temporal serve de apoio ainda para os reflexos econômicos dos julgamentos adotados no controle difuso⁸⁶⁶. Nada obsta, assim, que a modulação temporal venha a ser conjugada ainda com outros planos eficaciais, para salvaguardar, por exemplo, os pagamentos de tributos

⁸⁶⁴ “Desse modo, se a alteração jurisprudencial – sobretudo se ocorrer no âmbito dos tribunais superiores, como é o caso do STF ou do STJ – puder afetar a estabilidade das relações jurídicas formadas e construídas sob a égide de um velho posicionamento (princípio da segurança jurídica), é perfeitamente possível que o tribunal adote para o caso concreto, bem assim para aqueles pendentes de julgamento que se relacionem a fatos pretéritos, o entendimento já consolidado, anunciando, porém, para as situações vindouras a mudança paradigmática. Tudo no intuito de respeitar as legítimas expectativas que o posicionamento reiterado do tribunal haja incutido no espírito dos jurisdicionados. O que se tem então é a chamada técnica da sinalização/aviso (*signaling/caveat*), que foi desenvolvida pelos tribunais americanos como forma de refinamento da técnica do *prospective overruling* (superação com eficácia *ex nunc*). Em última instância, isso nada mais é que uma espécie de modulação dos efeitos da decisão judicial” (DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, e OLIVEIRA, Rafael. Ob. Cit., p. 405).

⁸⁶⁵ Entretanto, não se pode ignorar que ganhou espaço nos últimos anos a discussão envolvendo as possibilidades de *relativização* da coisa julgada *inconstitucional*. Em verdade, a imprópria expressão refere-se a viabilidade de superação da sentença “*inconstitucional*”. Os autores nacionais, favoráveis a tese, buscaram inspiração em Paulo OTERO, o qual defende que “a segurança e a certeza jurídicas apenas são passíveis de salvaguardar ou validar efeitos de actos desconformes com a Constituição quando o próprio texto constitucional expressamente o admite. (...) Fora de tais situações, repete-se, os valores da segurança e da certeza não possuem força constitucional autónoma para fundamentarem a validade geral de efeitos de atos inconstitucionais” (OTERO, Paulo. **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional**. Lisboa: Lex, 1993. p. 61).

quitados em contraposição à declaração de inconstitucionalidade da lei exacional instituidora destes⁸⁶⁷.

Vê-se, pois, que a preservação de fatos pretéritos gerados pela norma discutida conduz à avaliação de circunstâncias objetivas e, neste particular, torna-se bastante aceitável a participação dos segmentos envolvidos com o tema constitucional, justificando a intervenção de *amici curiae* para a tarefa de modulação dos efeitos. Assim, parece indisputável que uma das justificativas plausíveis para o Supremo Tribunal Federal modular os efeitos do julgamento proferido em sede de controle difuso consiste em persuadir os demais escalões inferiores do Judiciário no tocante à interpretação da matéria.

3.3.8. A redundância dos demais mecanismos de vinculatividade diante da previsão das súmulas vinculantes.

No tocante a esse tipo de objeção, quer-se defender que não há redundância na defesa do efeito vinculante oriundo do controle difuso, diante do cenário descortinado pela EC n.º 45/2004. Com efeito, em primeiro plano, é de se aceitar que o mecanismo das súmulas está vocacionado a alcançar também a Administração Pública, notadamente para os casos em que se vislumbra

⁸⁶⁶ “O custo econômico das decisões do Supremo Tribunal pode vir a orientar a modulação dos efeitos da decisão no controle difuso, especialmente nas ações de massa, sempre que a adoção de efeitos imediatos – ou mesmo retroativos – possa representar um notável incremento das despesas a serem suportadas pelo Estado e pelos indivíduos. (...) Os custos econômicos destes riscos geralmente serão suportados pelos cidadãos que se encontram nos estratos inferiores da economia, seja através do aumento de impostos, seja através da inflação que decorre do aumento (artificial) dos custos de produção, entre outros fatores. O Supremo Tribunal Federal terá de reconhecer a repercussão econômica de suas futuras decisões em controle difuso de constitucionalidade das leis” (APPIO, Eduardo. Controle difuso de constitucionalidade, p. 129).

controvérsia jurisdicional envolvendo os órgãos públicos. E, ademais, num cenário de gradação crescente, pode-se dizer que, após a *maturação* do debate constitucional, o STF está autorizado a editar a súmula vinculante a respeito da questão constitucional surgida no julgamento de casos individuais. Como já indicado, após reiteradas decisões da Corte, permite-se a edição *ex officio* ou provocada da súmula vinculante. Mas não é só: ao se compreender que a súmula vinculante deve versar sobre “a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas” (CF, art. 103-A, § 1º), tem-se que o alcance deste mecanismo instrumental da jurisdição constitucional permite assentar juízo de compatibilidade de qualquer norma jurídica com os cânones e postulados constitucionais.

Ao contrário do que sucede com o controle inerente às ações diretas de constitucionalidade, as súmulas vinculantes poderão ter como objeto juízo de validade ou compatibilidade das normas municipais com o texto da Constituição. Diga-se de passagem, são frequentes as discussões envolvendo direitos individuais homogêneos com substrato em matéria constitucional (vide, neste sentido, as discussões concernentes à adoção de alíquotas progressivas de IPTU etc.). Assim, não há que se olvidar que, após reiteradas decisões constitucionais acerca da matéria, o STF poderá editar súmulas vinculantes, inclusive por provocação dos Municípios interessados (vide, neste sentido, a regra do art. 3º, § 1º, da Lei n.º 11.417/2006).

Dessa forma, há que se aceitar que a previsão das súmulas vinculantes não afasta o interesse na expansão do efeito vinculante na seara do controle difuso, pois

⁸⁶⁷ Nesse prisma, Gilmar Ferreira MENDES noticia que “no julgamento dos RE ns. 556.664, 559.882, 560.626 e RE 559.943, modularam-se, mais uma vez, os efeitos da decisão em processo de índole subjetiva. Discutia-se, naqueles casos, a necessidade do uso de lei complementar para regular matéria relativa à prescrição e à decadência tributárias. Ao reconhecer que apenas lei complementar poderia dispor sobre normas gerais em matéria tributária, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, depois de reconhecida a repercussão geral dos referidos recursos, desproveu-os e declarou a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 5º do DL 1.569/1977 e dos arts. 45 e 46 da Lei n.º 8.212/1991. Entretanto, os efeitos da decisão foram modulados para atribuir eficácia *ex nunc* apenas em relação ‘aos recolhimentos efetuados antes de 11.6.2008 e não impugnados até a mesma data, seja pela via judicial, seja pela administrativa’, decidindo o Plenário que a Fazenda Pública não poderia exigir as contribuições sociais com o aproveitamento dos prazos de 10 anos previstos nos dispositivos declarados inconstitucionais. Referido julgamento deu origem à Súmula Vinculante n.º 8. Ressaltou-se, na ocasião, que a declaração de inconstitucionalidade in concreto também se mostra passível de limitação de efeitos” (MENDES, Gilmar Ferreira. Limitação de efeitos no sistema difuso e a aplicação do art. 27 da lei 9.868/99: algumas notas, p. 41-42).

são distintos os objetivos perseguidos em cada uma destas técnicas que compõem o ideário do controle de constitucionalidade brasileiro.

Em outras palavras: a pluralização do debate é *salutar*, a pluralidade de decisões para casos similares comporta *introspecção* para verificar as causas e fatores intrínsecos deste fenômeno. Por conseguinte, quer-se sustentar que o manejo das demais técnicas - concernentes à expansão do efeito vinculante no controle concentrado - podem ser expandidas para a seara do sistema difuso, no tocante ao julgamento de recursos extraordinários embuídos de repercussão geral.

3.3.9. O efeito vinculante e a radicalização da “atuação” política da Corte.

Via de regra, a locução “judicialização da política” é empregada para qualificar os fenômenos de expansão da área de abrangência jurisdicional dos tribunais, “fazendo com que estes passem a exercer poderes decisórios na área de políticas públicas (*decision-making*) que antes eram de atribuição exclusiva e permaneciam na órbita do Legislativo e do Executivo”⁸⁶⁸.

Por sua vez, a denominada *judicilização da política* não se confunde com a abordagem metodológica acerca do “comportamento do Judiciário”, pois, “o Poder Judiciário é um ator do jogo político e um *policymaker*. ‘Comportamento do Judiciário’ refere-se às atitudes tomadas pelos juízes como juízes, isto é, estudam-se as decisões jurisdicionais ou as contribuições para estas decisões, diferenciando-se, desta forma, da abordagem da judicialização da política ...”⁸⁶⁹.

Dessa forma, a exigência de preservação dos *fundamentos determinantes* da decisão constitucional não guarda nenhuma relação direta com a ampliação do

⁸⁶⁸ TEIXEIRA, A.. **Decisão liminar: a judicialização da política no Brasil**. Brasília: Plano Editora, 2001. p.43. O autor baseou-se em obras de TATE, VALLINDER e STONE, que são as seguintes: STONE, A. Judging Socialist Reform: the politics of coordinate construction in France and Germany. **Comparative Political Studies**. V. 26, nº 4, pp.443/469, jan. 1994.; TATE, C. N.º. Why the expansion of judicial power? *In* TATE, C. N.º; VALLINDER, T. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995; e VALLINDER, T. The judicialization of Politics: a worl-wide phenomeno: introduction. **Internacional Political science Review**. V. 15, nº 2, pp. 91/99, 1995.

⁸⁶⁹ FAVETTI, R. T.. **Controle de constitucionalidade e política fiscal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 36.

campo de atuação *política* da Corte Suprema⁸⁷⁰. Em última análise, a observância da *ratio decidendi* e dos fundamentos decisórios advindos de certos tipos de decisões constitucionais - mormente aquelas advindas do exame da repercussão geral em sede de recurso extraordinário - estão atrelados a outros valores que permeiam o sistema jurídico-processual.

Vale dizer: a defesa do efeito vinculante não quer significar, necessariamente, um exacerbamento do *ativismo* judicial da Corte Constitucional⁸⁷¹. E, por outro lado, revela-se um tanto quanto inócua esta tentativa de separação artificial dos afazeres do Supremo Tribunal Federal entre critérios técnicos e políticos, pois a função jurisdicional de defesa da Constituição traduz inequívoca ação política ou, no mínimo, inexorável repercussão política⁸⁷².

De mais a mais, na experiência haurida do direito norte-americano, esse tipo de argumentação não se põe em evidência, pois a Suprema Corte é e sempre foi

⁸⁷⁰ "Não é viável criar-se um órgão político, como o Supremo, e dar-lhe a tarefa de interpretar uma carta política, como a Constituição, para depois dizer que determinada interpretação não foi 'técnica', mas sim 'política'! *Podemos até dizer que ela foi 'ruim', mas chamá-la de política, em vez de uma crítica, é uma redundância.* É óbvio que ela foi política! Não deixaria de sê-lo em hipótese alguma, por mais que meramente tentasse 'repetir' o texto da lei. Aliás, a interpretação não foi 'técnica' na opinião de quem, se ao Supremo é que a própria Constituição diz caber essa tarefa? ... Quem então, senão o STF, pode dizer o que é a *mais técnica* interpretação da Constituição, se a própria Constituição lhe dá essa missão??..." (BRAGHITTONI, R. Ives. Ob. Cit., p. 69).

⁸⁷¹ Até porque, "o ativismo judiciário não é a *tábua de salvação da sociedade*, e quando participar sempre estará condicionado a realidade ético factível" (PANSIERI, Flávio. Condicionantes à sindicabilidade dos direitos sociais. *In* **Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos** / Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima [org.], Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 183).

⁸⁷² "O ordenamento constitucional brasileiro, portanto, não converteu, como desejavam 'os comunitários', o Supremo Tribunal Federal em Corte Constitucional, mas reduziu sua competência à matéria constitucional, afirmando que a ele compete, *'precipualemente, a guarda da Constituição'* (art. 102, C.F.). Não há dúvidas de que a função de guardião da Constituição remete necessariamente ao caráter político que assume o Supremo Tribunal Federal no novo texto constitucional. Afinal, a função de declarar o sentido e o alcance das regras jurídicas, especialmente na função jurisdicional de tutela da Constituição, traduz uma ação política ou, pelo menos, uma ação de inexorável repercussão política" (CITTADINO, Gisele. Ob. Cit., p. 62).

encarada como órgão eminentemente *político*⁸⁷³. Ou seja, no constitucionalismo norte-americano, “os tribunais são parte integrante do Governo e, assim, são instituições políticas por definição”⁸⁷⁴. Portanto, “parece absolutamente natural essa visão de seu tribunal como ‘coadjuvante’ dos outros dois poderes na elaboração de políticas públicas, bem como na fiscalização do funcionamento dos outros poderes, e é talvez nesse sentido lato que seja mais exato se referir à Suprema Corte [dos EUA] como órgão ‘político’”⁸⁷⁵.

Afinal, cabe reforçar que a expansão da esfera constitucional e as projeções da jurisdição constitucional conduzem ao encolhimento da política⁸⁷⁶. Mas, repise-se, a observância da *ratio decidendi* e dos fundamentos determinantes das decisões constitucionais está amparada em outros valores que permeiam o sistema jurídico-processual.

⁸⁷³ A advertência de Robert F. NAGEL é no sentido de que uma gama cada vez maior de questões inegavelmente políticas passa a ser enfrentada no âmbito da jurisdição constitucional: “A Corte e a maior parte de nós passamos a considerar questões políticas como questões jurídicas porque é uma condição conveniente (talvez necessária) para a manutenção ou aumento do alcance e da escala da jurisdição sobre a política pública. (...) Este legado não significa que os tribunais agora formulem decisões constitucionais de mesmo modo ou com base nas mesmas considerações tal como o fazem as instituições políticas. (...) Simplesmente, não é mais plausível justificar regimes complexos de regulação judicial como o resultado da aplicação de princípios e teorias. O contexto e o estilo ainda são jurídicos (os advogados realizam os comentários), mas uma vez que a matéria e os efeitos são políticos, é óbvio que o objetivo deva ser político. Assim, nos últimos anos muito trabalho teórico tem sido realizado com o objetivo de re-conceituar a função do poder judiciário federal. Se as nossas noções tradicionais de juridicidade – a aderência fiel à autoridade externa, o uso rigoroso de princípios neutros, a terminação oportuna de litígios específicos, e assim por diante – são demasiadamente estreitas para as tarefas que os tribunais estão realizando diariamente, então, talvez, o nosso conceito de juridicidade deva ser modificado” (NAGEL, Robert F. *Direito político, política legalista: uma história recente da teoria da questão política*. In **Limites do controle de constitucionalidade** / Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira [Org.], Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009. p. 170-171).

⁸⁷⁴ BAUM, Lawrence. Ob. Cit., p. 12-13.

⁸⁷⁵ BRAGHITTONI, R. Ives. Ob. Cit., p. 24

⁸⁷⁶ “À medida que o alcance dos imperativos constitucionais se torna mais extenso, o reino da política comum está fadado a encolher. Por exemplo, onde a constituição não garante o direito à educação pública gratuita, decidir se esta será oferecida e se os impostos para gerar receita para tanto serão aumentados permanece uma questão política confiada ao legislador. Em contraste, onde a constituição determina uma educação pública gratuita, tal questão é retirada do reino da política comum e o poder do juiz constitucional pode ser estendido para ordenar que o Estado aumente os impostos necessários para que as obrigações constitucionais relacionadas à educação sejam honradas” (ROSENFELD, Michel. Ob. Cit., p. 186).

3.4. A expansão do efeito vinculante para a seara do controle difuso.

A partir das premissas lançadas, é possível afirmar que a expansão do “efeito vinculante” defendida no percurso deste trabalho coaduna-se com o abandono das variações *frívolas* da jurisprudência⁸⁷⁷. Afinal, a ausência de *previsibilidade* estimula a litigiosidade, de modo que o controle de constitucionalidade difuso também pressupõe uma dose considerável de respeitabilidade aos precedentes da Corte Constitucional. Há que se aceitar, então, que certas decisões do Supremo Tribunal Federal, além de ocasionarem, por óbvio, consequências diretas para o caso concreto, são vocacionadas para o alcance de situações semelhantes⁸⁷⁸.

Cabe reforçar, desse modo, que a defesa da expansão do efeito vinculante está adstrita aos casos envolvendo repercussão geral ou, dito de outro modo, ao universo dos recursos extraordinários que tenham passado pelo filtro qualitativo implantado pela EC n.º 45/2004. Como já foi advertido, o Supremo Tribunal Federal dispõe de amplas competências originárias, incumbindo-lhe o julgamento de inúmeros outros tipos de processo (mandado de segurança, *habeas corpus*, mandados de injunção, conflitos envolvendo entes estrangeiros etc.) nos quais também é possível o exercício do controle difuso de constitucionalidade. Entretanto, as feições desses processos estão jungidas a parâmetros diversos, razão pela qual, por ora, não há que se ampliar os efeitos destes julgamentos.

Logo, em abono à tese central versada no presente estudo condizente com a ampliação da força vinculante advinda do julgamento de recursos extraordinários imbuídos de repercussão geral, torna-se possível alinhar os seguintes argumentos:

a) A expansão do efeito vinculante está atrelada, no cenário nacional, à aproximação entre as duas vertentes do controle de constitucionalidade nacional, seja pelo advento das últimas reformas legislativas, seja por força de uma mutação constitucional em curso. Trata-se, em última análise, de uma tendência observada

⁸⁷⁷ É dizer: “num estado moderno, com muitos juizes e muitas cortes, e uma hierarquia estruturada de recursos, as mesmas regras e soluções devem orientar a decisão independentemente do juiz do caso. Fidelidade ao Estado de Direito requer que se evite qualquer variação frívola no padrão decisório de um juiz ou corte para outro” (MACCORMICK, Neil. **Retórica e estado de direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 191).

⁸⁷⁸ Para Edilson Pereira NOBRE JUNIOR, “o efeito vinculante é conatural à jurisdição constitucional, consistindo em instrumento hábil para a garantia de suas decisões e, de conseguinte, da forma normativa da Lei Básica” (NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Ob. Cit., p. 117).

no constitucionalismo contemporâneo, identificada na ordem jurídica interna⁸⁷⁹ e, com as devidas ressalvas e ponderações, também no âmbito do direito comparado. Não por outra razão, Luiz Guilherme MARINONI prefere rotulá-lo como um processo *irreversível de objetivação* do controle concreto da constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal⁸⁸⁰.

b) Não podem causar espanto os instrumentos voltados à compatibilização *vertical* das decisões judiciais com os julgamentos emanados das Cortes Superiores⁸⁸¹, haja vista a profusão das reformas legislativas observadas nos últimos anos que criaram técnicas para preservação da jurisprudência ou comandos sumulares dos Tribunais Superiores. A EC n.º 45/2004, neste particular, implementou critério de admissibilidade do recurso extraordinário atrelado à relevância da questão constitucional versada no julgamento, razão pela qual os casos reputados importantes possuem aptidão natural para a vinculação dos demais

⁸⁷⁹ “A tendência anotada, portanto, é a da atribuição de efeitos amplos às decisões das cortes constitucionais, aproximando-os daqueles característicos do processo objetivo. Essa propensão justifica-se pela necessidade de se prevenir a repetição de causas, que, sobrecarregando as cortes, prejudica a sua viabilidade funcional e se opõe ao cumprimento minucioso do dever de fundamentação” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Ob. Cit., p. 43).

⁸⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Elaboração dos conceitos de *ratio decidendi* (fundamentos determinantes da decisão) e *obiter dictum* no direito brasileiro. In **A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR** / Coordenador Luiz Guilherme Marinoni, Salvador: JusPodium, 2010. p. 252.

⁸⁸¹ “Expedientes de compatibilização vertical das decisões judiciais já de algum tempo vêm sendo introduzidos no direito brasileiro. Assim é que se possibilita ao relator, nos juízos colegiados, negar seguimento a recurso ‘em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior’ (art. 557, *caput*, do CPC), assim como se lhe consente, se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com ‘súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior’, dar provimento ao respectivo recurso (art. 557, § 1º-A, do CPC). Nosso Código de Processo Civil refere que ‘o juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal’ (art. 518, § 1º, do CPC). Em nosso sistema, ainda, possibilita-se o julgamento liminar de improcedência em processos com casos idênticos, desde que no juízo já se tenha decidido a mesma controvérsia observando-a forma ordinária (art. 285-A do CPC). Nossa Constituição consente, ademais, ao Supremo Tribunal Federal editar súmulas vinculantes em matéria constitucional (art. 103-A). Esses mecanismos processuais visam a compatibilizar as decisões jurisdicionais, uniformizando-as, concretizando, dessa ordem, o valor constitucional da igualdade no formalismo processual. Acabam por velar, nesse azo, pela unidade do Direito no Estado Constitucional brasileiro, sobre racionalizar a atividade judiciária, importando em notável economia de atos processuais. Além disso, têm por desiderato racionalizar a atividade judiciária, importando em notável economia de atos processuais” (MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Repercussão geral no recurso extraordinário, p. 18-19).

segmentos do Judiciário nacional, sob pena de ofensa flagrante à racionalidade do sistema⁸⁸².

c) Em se tratando de decisão emanada do Supremo Tribunal Federal, “além da eficácia direta sobre a situação concreta, decorrem também eficácias *reflexas*, com nítida tendência a generalizar os efeitos por ela produzidos”⁸⁸³. Vale dizer: é da natureza do provimento da jurisdição constitucional uma certa generalização dos seus efeitos e(ou) eficácias, independentemente da natureza do processo em que este foi prolatado. Dito de outro modo, o respeito aos precedentes do Supremo Tribunal Federal e a conferência de normatividade a eles “é condição essencial a se preservar a própria força normativa da Constituição e, bem assim, as atribuições de tais cortes”⁸⁸⁴. Afinal, consoante adverte José Carlos Barbosa MOREIRA, as normas constitucionais devem comportar aplicação isonômica⁸⁸⁵.

⁸⁸² “Vendo-se a decisão como fruto do sistema judicial e não como mera prestação atribuída a um juiz – singularmente considerado –, torna-se inevitável constatar que a racionalidade da decisão está ancorada no sistema e não apenas no discurso do juiz que a proferiu. Assim, por exemplo, não há racionalidade na decisão ordinária que atribui à lei federal interpretação distinta da que lhe foi dada pelo órgão jurisdicional incumbido pela Constituição Federal de uniformizar tal interpretação, zelando pela unidade do direito federal. A irracionalidade é ainda mais indisfarçável na decisão que se distancia de decisão anterior, proferida pelo mesmo órgão jurisdicional em caso similar, ou melhor, em caso que exigiu a apreciação da questão jurídica que o órgão prolator da decisão já definira” (MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. *In A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR* / Coordenador Luiz Guilherme Marinoni, Salvador: JusPodium, 2010. p. 230).

⁸⁸³ ZAVASCKI, Teori Albino. Ob. Cit., p. 147.

⁸⁸⁴ MELLO, Patricia Perrone Campos. Ob. Cit., p. 72.

⁸⁸⁵ Apesar de se mostrar refratário ao emprego dos expedientes vinculantes no que concerne com a interpretação da lei federal, José Carlos Barbosa MOREIRA realça que “de certas normas todos reconhecem com facilidade que devem ser aplicadas do mesmo modo em todo o território nacional; entre elas, sem dúvida, em linha de princípio, as normas constitucionais” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos, p. 58).

d) A rigor, não há diferença ontológica ou qualitativa entre a declaração de inconstitucionalidade exarada no controle abstrato e no controle difuso/incidental⁸⁸⁶, razão pela qual, a aproximação entre os modelos de controle de constitucionalidade está a recomendar a expansão do efeito vinculante para esta última vertente⁸⁸⁷.

e) Por força do incidente de inconstitucionalidade decorrente da regra do art. 97 da Constituição Federal, a decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a inconstitucionalidade da norma jurídica produz - independentemente da Resolução do Senado - *efeito vinculante* para os demais tribunais, que ficam a ela submetidos no julgamento dos casos análogos⁸⁸⁸.

⁸⁸⁶ "Perante o Plenário do Supremo Tribunal Federal são praticamente idênticos os procedimentos para a declaração de inconstitucionalidade nos modelos concreto e abstrato. A partir da noção de processo de caráter objetivo – que abrange ambos os modelos – não existe qualquer razão plausível para se atribuir efeito vinculante a um modelo e não ao outro" (MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Repercussão geral no recurso extraordinário. p. 69). Nessa mesma linha de raciocínio, Izaías José de Santana indaga: "Afinal, qual a razão – senão apego à dogmática processual – para que uma decisão da Corte Constitucional, no exercício da função jurisdicional constitucional, por maioria de sua constituição, tenha efeitos apenas para as partes demandantes e as demais – autoridades e destinatários da norma – fiquem livres para aplicação da norma já declarada inconstitucional?" (SANTANA, Izaías José de. Ob. Cit., p. 172).

⁸⁸⁷ "Ao lado do processo de generalização dos efeitos, o STF promove também posterior legalização, o processo de objetivação nos julgamentos das demandas constitucionais, mediante a possibilidade de desvinculação do fato concreto, a relativização temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e a adoção do critério excludente de casos, repercussão geral no Recurso Extraordinário. Enfim, em termos gerais, podemos concluir que assistimos a uma generalização dos efeitos e objetivação dos julgamentos dos Recursos Extraordinários no Supremo Tribunal Federal, moldando-se o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro ao modelo europeu, no qual os sistemas divergem na forma de ingresso, mas unificam-se nos procedimentos e nos efeitos" (SANTANA, Izaías José de. Ob. Cit., p. 202).

⁸⁸⁸ "A eficácia vinculante frente aos Tribunais surge como outra dimensão dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade proferida pelo STF em sede de controle difuso. Inicialmente, existe uma questão de unidade na hermenêutica constitucional a justificar tal eficácia vinculante: 'os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional'. De outra sorte, o art. 97 da Constituição determina que os Tribunais poderão, pela maioria absoluta dos membros do seu órgão especial ou do Pleno, declarar inconstitucional, *incidenter tantum*, lei ou ato normativo do poder público, não cabendo ao órgão fracionário (Turmas e Câmaras) tal prerrogativa. Diante disso, pode-se presumir que cada Tribunal seria autônomo ao incidentalmente exercer o controle de constitucionalidade. Contudo, o STJ já pacificou o entendimento no sentido de que, tendo ele já decidido sobre a controvérsia, descabe o exercício, por parte dos Tribunais, da prerrogativa prevista pelo referido artigo 97, pois caberá ao próprio órgão fracionário aplicar a decisão tomada pelo Supremo, evitando a burocratização dos atos judiciais em nome do princípio da celeridade e economia processual. O dispositivo previsto no citado artigo tem como finalidade impedir que órgãos fracionários apreciem, pela vez primeira, a inconstitucionalidade argüida em relação a um dado ato normativo ou com força de lei, o que teria como resultado quase inevitável a produção de diversas e discrepantes decisões num mesmo Tribunal sobre a legitimidade constitucional de uma única norma jurídica" (Jurisdição constitucional comparada/Ob. Cit., p. 55).

Com efeito, após o pronunciamento do STF com a observância da regra de *reserva de plenário*, os demais tribunais pátrios estão dispensados de instaurar o referido incidente de inconstitucionalidade previsto no art. 480 do CPC. O entendimento jurisprudencial consagrado pelo Supremo Tribunal Federal foi acolhido pela Lei n.º 9.756/1998, com a inserção da regra versada no art. 481, § único, do CPC⁸⁸⁹.

Recorde-se ainda que, na esteira da regra do art. 97 da Constituição da República, por força da reserva de plenário, uma só manifestação do Supremo Tribunal Federal é suficiente para a consolidação da matéria discutida e para a vinculação da Corte. De mais a mais, independentemente da instauração da arguição de inconstitucionalidade na esfera do Supremo Tribunal Federal, eventual manifestação contrária dos Tribunais e juízos inferiores tornar-se-ia contraproducente⁸⁹⁰.

Cabe assinalar que o STF editou a Súmula vinculante de n.º 10: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CRFB/88, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”. Com isso, está afastada a hipótese de os órgãos fracionários empregarem a técnica da

⁸⁸⁹ “Além disso, a decisão vincula o pronunciamento dos demais Tribunais sobre idêntica matéria. A jurisprudência iterativa do STF sempre entendeu que a existência de decisão de inconstitucionalidade proferida pela Corte em controle difuso dispensava o processamento do incidente de inconstitucionalidade pelos demais órgãos colegiados, previsto nos arts. 480 a 482 do CPC” (PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Ob. Cit., p. 102).

⁸⁹⁰ Araken de ASSIS classifica como “ilusão grosseira supor que a decisão do STF, proclamando a inconstitucionalidade de normas no controle difuso, produza unicamente eficácia *inter partes*. Há outros efeitos palpáveis. Em primeiro lugar, o provimento habilita o Senado Federal a suspender a eficácia da lei, a teor do art. 52, X, da CF/1988. Ademais, vincula os demais tribunais, dispensando-os de submeter a mesma questão constitucional, todavia ventilada em causa análoga, ao incidente do art. 480 do CPC e à cláusula da reserva do plenário (art. 97 da CF/1988). O art. 481, parágrafo único, do CPC, na redação da Lei 9.756, de 17.12.1998, dispensa a remessa do feito ao pleno ou ao órgão especial no caso de já existir manifestação do STF. E, de fato, representa flagrante despropósito submeter questão resolvida ao *full bench*. Em tal hipótese, manifestação convergente do tribunal inferior se mostraria inútil e redundante; manifestação contrária atentaria contra a suprema autoridade do STF” (ASSIS, Araken de. Ob. Cit., p. 766). Vide ainda: ZAVASCKI, Teori Albino. Ob. Cit., p. 148.

interpretação conforme, pois a mesma implica a superação de uma das possíveis interpretações da norma⁸⁹¹.

Apesar do enunciado da Súmula vinculante de n.º 10 aparentar flagrante tautologia, o exame dos precedentes que lhe deram origem - extraídos dos processos subjetivos - permite antever que o emprego das locuções "deixar de aplicar", "afastar a norma", etc., assumem nítida conotação de declaração de inconstitucionalidade, razão pela qual se impõe a observância da cláusula da reserva de plenário⁸⁹².

f) Circunscrever o efeito vinculante, decorrente do controle difuso, apenas à conformação e edição da resolução senatorial (CF, art. 52, X), importa aceitar *discrecionarietà* indesejada; fato este que, em certa medida, equivale à aceitação de novo juízo (ou *juízo político*) acerca da inconstitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal⁸⁹³. Assim, pode-se argumentar com a idéia de uma

⁸⁹¹ "Ao que tudo indica, mesmo não constando no dispositivo da decisão judicial tomada pelo órgão fracionário qualquer referência expressa à técnica da interpretação conforme à Constituição, tal decisão será nula sempre que em seu processo de produção houver a exclusão de uma possível incidência que fora havida como inconstitucional (mesmo que sem flagrante manifestação) pelo órgão julgador. É notório que a interpretação conforme à Constituição surgiu como uma técnica hermenêutica com o escopo de garantir a supremacia da Constituição e atribuir uma presunção geral de validade a todas as normas que dela decorrem, sem que, para tanto, fosse preciso passar para um processo de análise de legitimidade constitucional de cada norma durante o curso de cada processo judicial. A atribuição de efeitos como os da declaração parcial de nulidade sem redução de texto provocou a paulatina conversão dessa técnica hermenêutica em técnica decisória, culminando com a edição da súmula em análise e a conseqüente inviabilidade de aplicação da interpretação conforme à Constituição enquanto técnica hermenêutica, nos moldes em que se deu o seu surgimento. Ao juiz singular e aos plenários ou órgãos especiais dos tribunais resta limitada a utilização dessa nova *técnica decisória*" (Jurisdição constitucional comparada/ Ob. Cit., p. 125-126).

⁸⁹² "A 'interpretação do Supremo' nos parece clara nos precedentes que motivaram a criação do texto da Súmula vinculante 10. Ela repete tautologicamente o teor do art. 97 da CF, pelo simples fato dele ser sistematicamente escamoteado pelos Tribunais e, ainda, mal compreendido pela dogmática jurídica. (...) Por tal motivo, qualquer outro sentido atribuído à Súmula vinculante 10, que não aquele produto de uma síntese hermenêutica dos precedentes que a motivaram, se mostra ilegítimo e inconstitucional, posto que cria nova norma geral e abstrata" (NOGUEIRA, Gustavo Santana; MONTEZ, Marcus Vinicius Lopes. A súmula vinculante 10: tautologia ou inovação? *In Revista de Processo*. Revista dos Tribunais, n.º 173, a 34, jul./2009. p. 248-249).

⁸⁹³ Ao comentar a *discrecionarietà* na edição da resolução por parte do Senado Federal, Araken de ASSIS preleciona que: "O alvitre dominante sustenta que o Senado Federal não se encontra constrangido a emitir resolução suspensiva. Emite ato político, no qual aquilatará a conveniência do ato - por exemplo, tratando-se de lei de aplicação limitada ou de vigência pré-determinada, talvez não haja necessidade de suspender a lei. Em sentido contrário, pondera-se que, admitida a *discrecionarietà* do ato do Senado Federal, realizar-se-á novo juízo quanto à inconstitucionalidade, sobrepondo-se um juízo político à verificação jurídica e política do STF, amesquinhando-se o papel outorgado pelo art. 102, caput, da CF/1988 ao tribunal" (ASSIS, Araken de. Ob. Cit., p. 767).

mutação constitucional no tocante ao papel da resolução senatorial, para fins de compreendê-la com finalidades distintas⁸⁹⁴.

g) Ao se precisar a repercussão geral da matéria constitucional ventilada em sede de recurso extraordinário, com a presumível *transcedência* do tema em debate, não é possível circunscrever a eficácia do julgamento e efeitos do julgado apenas ao âmbito da relação processual (eficácia *inter partes*)⁸⁹⁵. Não por outra razão, o § 7º do art. 543-A do CPC dispõe que “a súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão”.

h) Uma vez firmada a repercussão geral do tema constitucional, tal hipótese alcançará outros casos semelhantes por força da regra do art. 543-B do CPC. Ou seja, o legislador ordinário veiculou a técnica de julgamento por “amostragem”, na qual, havendo multiplicidade de recursos extraordinários versando a mesma questão constitucional, alguns deles são escolhidos para apreciação do tema pela Corte Suprema, enquanto os demais ficarão sobrestados nas instâncias de origem. Neste caso específico, a decisão proferida pelo STF no âmbito do recurso extraordinário *selecionado* para julgamento repercutirá no julgamento dos que ficaram *sobrestados*⁸⁹⁶.

i) E mais: se é lícito ao Supremo Tribunal Federal conceder, na forma do art. 21 da Lei n.º 9.868/1999, provimento liminar para efeitos de resguardar a eficácia do

⁸⁹⁴ “Hodiernamente, com o surgimento da súmula com efeito vinculante (CF, art. 103-A) e da possibilidade da extensão para outros processos da decisão proferida em sede de Recurso Extraordinário, regulada pela Lei 11.418/2006, a Resolução teve a sua importância reduzida, pois em tais situações poderá ocorrer a ampliação dos efeitos da decisão proferida em controle difuso, sendo desnecessário, nesse caso, a atuação do Senado” (PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Ob. Cit., p. 104-105).

⁸⁹⁵ Nas palavras de Damares MEDINA, “a decisão tomada em recursos extraordinários nos quais foi reconhecida a repercussão geral alcança contornos e efeitos que extrapolam em muito os limites do processo” (MEDINA, Damares. Ob. Cit., p. 108).

⁸⁹⁶ “Outrossim, na hipótese de existência de múltiplos recursos extraordinários com fundamento em idêntica controvérsia, com fundamento no art. 543-B do CPC, inserido pela Lei 11.418/2006, a decisão proferida pela Corte Maior no julgamento de um desses recursos repercutirá no julgamento dos demais, condicionando o conteúdo da decisão final, (...)” (PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Ob. Cit., p. 102-103).

prestação jurisdicional em sede de controle concentrado⁸⁹⁷, é razoável concluir que não há razão plausível quanto à suspensão dos processos subjetivos no caso de sobrestamento de recursos extraordinários semelhantes, a não ser com o intuito manifesto de preservar o alcance vertical daquele pronunciamento a ser exarado pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse sítio, cabe observar que o art. 21 da Lei n.º 9.868/1999, norteado pelo objetivo precípua de afastar os riscos à tutela definitiva⁸⁹⁸, é baseado em cognição *sumária*, razão pela qual, com muito mais propriedade, justificar-se-ia a *expansão* do efeito vinculante a partir dos julgamentos emanados em controle difuso, a partir do reconhecimento da repercussão geral da matéria constitucional ventilada no caso paradigmático, com o respaldo da decisão colegial que conheceu da matéria.

j) O argumento de que o efeito vinculante decorrente do controle difuso está a depender da edição de súmula vinculante também não resiste a uma apreciação crítica, pois, como visto o alcance pretendido para este tipo de comando sumular é diverso (trata-se de vincular não apenas os órgãos inferiores do Judiciário, mas

⁸⁹⁷ "Tendo em vista que o art. 102, § 2º, da CF/88, ao atribuir efeito vinculante às decisões proferidas em ação declaratória de constitucionalidade e ação direta de inconstitucionalidade, faz referência às 'decisões definitivas de mérito', discute-se se as decisões acautelatórias também vinculam os órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública. (...) O entendimento majoritário, contudo, é no sentido de que as decisões exaradas nas medidas cautelares em controle abstrato de constitucionalidade também são dotadas de efeito vinculante, ficando os demais órgãos do Poder Judiciário impedidos de se pronunciar sobre a questão até o julgamento final pelo STF. (...) Ressalte-se, por fim, que, embora o art. 21, parágrafo único, da Lei 9.868/99, estipule que o julgamento da ação declaratória de constitucionalidade deve ocorrer no prazo de 180 dias contados da publicação da decisão liminar no *Diário Oficial*, sob pena de perda da eficácia da medida cautelar, o STF tem admitido a prorrogação da medida, a fim de resguardar a eficácia do controle de constitucionalidade" (CARNEIRO, Tânia Aoki. Efeito vinculante das decisões em ação declaratória de constitucionalidade, *In Revista de processo*, n.º 161, Ano 33, julho 2008, Revista dos Tribunais. p. 198-199).

⁸⁹⁸ "Impõe-se entender, portanto, que a suspensão do julgamento dos processos, a que se refere o art. 21 da Lei 9.868, de 10.110.1999, é *um dos efeitos possíveis da liminar*, mas não um efeito necessário, nem exclusivo, facultando-se ao STF, com base no poder que deriva da própria Constituição, determinar outras providências que considerar necessárias para afastar o *periculum in mora*, segundo as circunstâncias de cada caso. (...) Tratando-se de provimento destinado a afastar riscos à efetividade da tutela definitiva, a medida liminar atua não em domínio meramente formal, mas no plano da realidade. Seu objeto não é, portanto, o de *declarar* provisoriamente a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do preceito normativo, mas sim o de *impor comportamentos* compatíveis com os que deverão decorrer da futura declaração" (ZAVASCKI, Teori Albino. Ob. Cit., p. 64).

também a própria Administração Pública) e, ademais, a edição da súmula vinculante é um passo adiante no tocante à sedimentação da *ratio decidendi*⁸⁹⁹.

Da mesma forma, não impressiona a assertiva de que a expansão do efeito vinculante na via do controle difuso está a demandar previsão e conformação constitucional. Com efeito, o argumento é frágil, pois, em igual medida, o art. 102, § 1º, da Constituição Federal, ao contemplar a necessidade de instituição da arguição de descumprimento de preceito fundamental, foi lacônico na disciplina dos efeitos advindos do julgamento desta medida jurídico-processual. Ora, há que se aceitar que a cultura de *respeitabilidade* e *observância* dos *precedentes* das Cortes Superiores não demanda disciplina constitucional expressa⁹⁰⁰.

l) Por derradeiro, cabe observar que a argumentação em prol da expansão do efeito vinculante não deve ignorar o cenário do devido processo legal. Ou seja, a aplicação dos precedentes do Supremo Tribunal Federal aos casos análogos não deve estar distanciada de um regime de contraditório pleno e ampla defesa, de modo a distinguir o que comportar distinção (*distinguishing*). E, como visto, a adoção dos precedentes advindos do exame da repercussão geral não esbarra em nenhuma “surpresa” para os jurisdicionados (criação de norma *ex post facto*), haja vista a possibilidade de interlocução com os eventuais afetados pelo julgamento⁹⁰¹.

k) Não há exagero em afirmar que os posicionamentos judiciais conflitantes demandam profundas reflexões, razão pela qual é de se aceitar que os instrumentos que venham a privilegiar uma maior estabilidade à jurisprudência parecem benéficos

⁸⁹⁹ “Foi exatamente para essas situações que o constituinte derivado resolveu inserir, no art. 103-A da Constituição da República, a possibilidade de edição de súmula com efeito vinculante. Assim, aonde a *ratio decidendi* for cristalina, a súmula vinculante é absolutamente desnecessária. Nos casos em que a *ratio decidendi* do julgado for muito complexa ou obscura, edita-se a súmula” (MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Repercussão geral no recurso extraordinário, p. 71).

⁹⁰⁰ “A falta de explicitação legal de precedentes vinculantes pode ser vista como autêntica falta de tutela da segurança jurídica, verdadeira omissão do legislador. Ainda assim, o respeito aos precedentes não depende de regra legal que afirme a sua obrigatoriedade ou de sua explicitação, pois as normas constitucionais que atribuem aos tribunais superiores as funções de uniformizar a interpretação da lei federal e de afirmar o sentido da Constituição Federal são indiscutivelmente suficientes para darem origem a um sistema de precedentes vinculantes” (MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica, p. 224).

⁹⁰¹ Nesse sentido, na experiência nacional, ao se cogitar da observância dos precedentes advindos do julgamento das questões envolvendo repercussão geral, não se pode dizer que a observância deste direito “judiciário” esbarra na criação da uma “norma” *ex post facto*, na esteira da crítica formalizada por John AUSTIN (vide, neste sentido: AUSTIN, John. **Lectures on jurisprudence, or the philosophy of positive law**. V. II, 5th ed. rev. London: John Murray, Albemarle Street. p. 651).

não só às partes como também ao próprio Poder Judiciário⁹⁰². Assim, a atuação *errática* dos Tribunais inferiores⁹⁰³ – além do efeito pernicioso dos julgamentos díspares – conduz a um círculo vicioso que incentiva o emprego de novos recursos, na busca idílica por uma solução favorável.

m) Além disso, a ausência de efeitos vinculantes na seara do controle difuso contribui, em certa medida, para a “*ordinarização*” do recurso extraordinário, pois quando os escalões inferiores do Judiciário passam a decidir em desconformidade com a decisão do STF, ao menos um dos jurisdicionados poderá fazer uso de mais um recurso, arcando com os seus custos financeiros de acompanhamento e, por via de consequência, retardando o trânsito em julgado. Forçosamente tal situação induz impactos análogos nos custos do Poder Judiciário e deformidades na organização burocrática dos Tribunais Superiores.

n) Na linha do que já foi dito, a defesa do efeito vinculante pressupõe um certo comprometimento com o exame dos precedentes anteriores e, mais do que isso, na verificação do caso concreto, uma preocupação sincera com a delimitação dos pontos e elementos capazes de assemelhá-los ou, se for o caso, diferenciá-los⁹⁰⁴, sob pena de grave ofensa ao princípio da isonomia⁹⁰⁵. Por certo, o esforço

⁹⁰² “Além disso, o respeito aos julgados já proferidos incrementa a *eficiência* do sistema: provoca uma *economia de tempo e de recursos*, na medida em que torna desnecessárias novas considerações acerca daquelas matérias que já restaram pacificadas; diminui os riscos de erro judicial; evita a produção de decisões conflitantes; e torna mais claro o direito, desestimulando demandas aventureiras e promovendo uma redução dos litígios. Tal estado de coisas preserva a *legitimidade e a credibilidade* das cortes aos olhos do jurisdicionados, constituindo um importante fator de sua preservação institucional” (MELLO, Patrícia Perrone Campos. Ob. Cit., p. 71).

⁹⁰³ “As constantes roletas russas do Poder Judiciário Brasileiro vem gerando não só imprevisibilidade e insegurança, mas principalmente descredibilidade a todo o sistema constitucional vigente” (POLICHUK, Renata. Ob. Cit., p. 88).

⁹⁰⁴ “Porém o que não pode ocorrer é essa insegurança, essa incerteza, essa dependência do resultado do julgamento a partir do sorteio do órgão que vai julgá-lo, pois isso não é direito, não é justiça, é loteria, é jogo de azar. O que não pode continuar ocorrendo é aquele hipotético encontro na rua entre dois jurisdicionados, Caio e Tício, que levaram ao Judiciário um problema semelhante, seja previdenciário, tributário ou de qualquer outra natureza, mas que o *stare decisis* tem elementos para identificá-los como semelhantes, e nesse encontro eles descobrem que um ganhou e outro perdeu, não porque o direito de ambos era diferente, mas porque na distribuição um deu mais sorte que o outro” (NOGUEIRA, Gustavo Santana. Jurisprudência vinculante no direito norte-americano e no direito brasileiro, *In Revista de processo*, n.º 161, Ano 33, julho 2008, Revista dos Tribunais. p. 112).

deve ser redobrado na tarefa de superação dos precedentes das Cortes Superiores, sob pena de subversão do sistema jurídico e indução de grave insegurança advinda da ausência de tratamento isonômico⁹⁰⁶. Vale dizer: os precedentes fortes emanados dos Tribunais Superiores dispõem de inequívoca conformação interpretativa para os escalões inferiores do Judiciário⁹⁰⁷.

Logo, com substrato nas premissas anteriores, parece lícito afirmar que a influência do neoconstitucionalismo e os influxos do pós-positivismo permitem concluir que o efeito vinculante pode ser usado como um ponto de equilíbrio na equação do ativismo judicial e da autocontenção, na difícil tarefa de concretização dos direitos fundamentais⁹⁰⁸. Sim, porque, se de um lado o Tribunal Superior reconhecer a (im)possibilidade de realizar os direitos prestacionais na área da saúde, educação etc., num cenário marcado pelo debate e pelo convencimento motivado, capaz de demover os interessados, é aceitável que a referida pauta valorativa venha servir como tábua de orientação para os demais juízes e

⁹⁰⁵ "Deve-se observar que o efeito vinculante consiste em importante instrumento destinado a assegurar a isonomia entre os indivíduos (art. 5º, caput, CF/88), na medida em que afasta a indesejável convivência de decisões conflitantes com relação a uma mesma questão jurídica. (...) O efeito vinculante tem justamente o mérito de assegurar uma solução única acerca da (in)constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, propiciando, assim, a uniformização da interpretação da Constituição Federal, (...)" (CARNEIRO, Tânia Aoki. Ob. cit., 188-189).

⁹⁰⁶ "Tendo o Supremo Tribunal Federal assentado posicionamento sobre a (in)constitucionalidade de determinada norma, nada há que justifique, sob o prisma da igualdade, poder qualquer outro juiz decidir de maneira diversa daquele tribunal, sonegando às partes do processo o tratamento isonômico – garantido constitucionalmente – em relação às partes envolvidas no processo que originou o precedente" (SILVA, Lucas Cavalcanti da. Ob. Cit., p. 155).

⁹⁰⁷ "Atualmente, em virtude do impacto do constitucionalismo, não só há nítida aproximação entre as funções dos juízes de common law e civil law, como visível proximidade entre os precedentes ditos de criação do direito e os interpretativos. Mais do que tudo, esta proximidade permite evidenciar a importância dos precedentes no sistema judicial brasileiro, em que os precedentes têm e terão nítida feição interpretativa" (MARINONI, Luiz Guilherme. Elaboração dos conceitos de *ratio decidendi* [fundamentos determinantes da decisão] e *obiter dictum* no direito brasileiro, p. 251).

⁹⁰⁸ "Mas a força do neoconstitucionalismo, em especial nos sistema brasileiro, é ainda maior. Ora, quando se dá ao Judiciário o poder de controlar a constitucionalidade da lei, é evidente que a função judicial ultrapassa em muito o limite que fora desejado pelo Estado legislativo. No Brasil, o juiz de primeiro grau de jurisdição e os tribunais ordinários têm poder para deixar de aplicar norma que considerem inconstitucional, assim como para adotar as técnicas de controle de constitucionalidade denominadas de 'interpretação conforme à Constituição' e de 'declaração parcial de nulidade sem redução de texto'. O Judiciário, nesses casos, contrapõe-se à produção do Legislativo, exercendo atividade inquestionavelmente criadora. O poder jurisdicional de afirmação da inconstitucionalidade da lei, necessária para a constitucionalização da ordem jurídica, coloca o juiz na posição de agente capaz de negar o produto elaborado pelos representantes da maioria" (MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade, p. 244).

tribunais⁹⁰⁹. Há que se aceitar, por óbvio, que a assertiva ora defendida está relacionada à fixação da *ratio decidendi* do precedente constitucional, de modo afastar eventual convencimento judicial voluntarista no bojo das demais demandas intersubjetivas similares que venham a ser ajuizadas.

Com efeito, é quase desnecessário reiterar que o Poder Judiciário dispõe do poder-dever de afirmar o significado dos direitos fundamentais⁹¹⁰, na difícil tarefa de controle corretivo das leis, de modo que as decisões proferidas no julgamento de recurso extraordinário – qualificadas sob o signo da repercussão geral – devem assumir eficácia vinculante.

⁹⁰⁹ “Se há uma definição judicial de direito fundamental, ou mesmo acerca do significado de uma lei federal, todos devem ser tratados igualmente perante elas. A menos, é claro, que se admita que a jurisdição possa e deva conviver com vários significados de um mesmo direito fundamental ou de uma mesma lei federal, o que eliminaria qualquer possibilidade de se ter uma elaboração teórica racionalmente capaz de explicar a legitimidade de uma decisão que afirma direito fundamental e deixaria sem qualquer razão de ser as normas constitucionais que consagram as funções jurisdicionais de uniformização da interpretação da lei federal e de atribuição de sentido à Constituição, além de, obviamente, violar a ideia imprescindível de igualdade perante a jurisdição” (MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade, p. 233).

⁹¹⁰ “Note-se, porém, que se o Judiciário tem o poder de afirmar o significado dos direitos fundamentais para controlar e corrigir as leis, a decisão judicial que os afirma, por ter uma importância que transcende a toda a legislação infraconstitucional e a necessidade de identificar um discurso racional, não pode deixar de ter alcance geral obrigatório. Perceba-se que o problema da necessidade de se atribuir alcance geral obrigatório às decisões que realizam o controle de constitucionalidade apenas existe nos sistemas de controle difuso da constitucionalidade, como no Brasil. Não há como admitir que um juiz de primeiro grau de jurisdição, ou mesmo qualquer tribunal, possa decidir mediante uma concepção de direito fundamental destoante da que lhe tenha sido atribuída pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que em sede de controle difuso da constitucionalidade” (MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade, p. 246).

3.5. A importância da teorização envolvendo uma cultura precedentalista: a experiência advinda da *commow law* e dos países romanistas.

3.5.1. O *stare decisis*: a eficácia dos precedentes⁹¹¹.

De acordo com Neil DUXBURY, um *precedente* é um evento no passado – quase sempre uma sentença – que serve de guia para uma ação no presente. De acordo com o autor, seguir um *precedente* é estabelecer uma analogia entre uma instância e outra; porém, nem todos os juízos de deliberação são baseados naqueles. Assim, o autor exemplifica pontuando que, “quando dizemos que um atleta de força excepcional é ‘como uma máquina’, fazemos uma analogia, mas não invocamos um precedente”⁹¹².

Ainda que se contemple um *padrão de decisão*, Neil DUXBURY observa que ele pode não operar necessariamente como *precedente*, cabendo ressaltar que a fundamentação baseada em *precedentes* não é idêntica à decisão baseada na *experiência*. Ao afirmar que o padrão decisional pode não gerar um precedente, o autor exemplifica com a seguinte hipótese: “Quando a minha filha mais nova quis ganhar um telefone celular no seu aniversário de onze anos, ela se baseou em um precedente: sua irmã mais velha ganhou um telefone celular quando fez onze anos. Quando eu neguei esse presente a ela, eu me baseei na experiência mal-sucedida de sua irmã mais velha em ser responsável por um telefone celular nessa idade”⁹¹³.

Além disso, DUXBURY esclarece que “Quando tomamos uma decisão com base em precedentes, nós consideramos relevante o fato de que a nossa solução tenha sido endereçada no passado, mas nós não necessariamente daremos valor a

⁹¹¹ Apesar da referida locução ter sido empregada em passagens anteriores deste trabalho, a sua expressão completa é *stare decisis et non quita movere* (ou “estar com as coisas decididas e não mover as coisas quietas”).

⁹¹² DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge University Press. Cambridge and New York, 2008. p. 01 (No original: “A precedent is a past event – in Law the event is nearly always a decision – which serves as a guide for present action. To follow a precedent is to draw an analogy between one instance and another, indeed, legal reasoning is often described as analogical case-by-case reasoning. Not all instances of analogy-drawing, however, are instances of precedent-following. When I say of an athlete with exceptional stamina and strength that ‘the guy is like a machine’, I draw an analogy but I do not invoke a precedent. Similarly, although following a precedent entails looking for guidance to an established standard, to set a standard is not necessarily to set a precedent”).

⁹¹³ DUXBURY, Neil. Ob. Cit., p. 02 (No original: “Experience often guides present action, but reasoning from precedent is not identical to reasoning from experience. When my youngest daughter made her case for my buying her a mobile phone on her eleventh birthday, she reasoned from precedent: her elder sister received a mobile phone from her eleventh birthday. When I refused to buy

tal precedente pelo que ele nos ensina. Às vezes, podemos até mesmo seguir precedentes com os quais não concordamos”⁹¹⁴.

Por outro lado, apesar de *duvidosa*, a solução do caso concreto pode orientar situações futuras. Com efeito, o autor exemplifica com a hipótese em que “uma corte pode estar incerta sobre sua jurisdição – por exemplo, se tem poder de decidir sobre uma prisão (ou detenção) no exterior – e então pode estabelecer um precedente e quem cria autoridade para si própria (e para futuras cortes em que se utilizem precedentes), pelo menos até que o legislativo e cortes superiores determinem que a lei deva ser de outra forma”⁹¹⁵.

Ao explicar o poder vinculante do *precedente*, Neil DUXBURY recorre a ALLEN, o qual, por sua vez, conclui que o “juiz é treinado para acreditar que ‘a lógica mais razoável é a analogia com os casos passados, especialmente se eles foram decididos por cortes superiores’”. Por isso, se diz que ele é “vinculado”. Mas ele é apenas vinculado *intelectualmente*. É ele mesmo que deve decidir quando um precedente é autoritário ou não. A noção de que os juizes estão intelectualmente vinculados parece tornar-se a inútil idéia de que os precedentes “devem sempre ser seguidos, exceto quando eles não devem ser seguidos”⁹¹⁶. Ao se questionar, portanto, a razão pela qual os precedentes *vinculam*, Neil DUXBURY segue respondendo: “A resposta parece ser que os precedentes vinculam porque os juizes

my youngest daughter a mobile phone on her eleventh birthday, I reasoned from the experience of her sister's inability to be a responsible mobile-phone owner at the age of eleven”).

⁹¹⁴ “When we make a decision on the basis of precedent, we consider significant the fact that our current predicament has been addressed before, but we will not necessarily value the precedent for what it teaches us. Sometimes, we might even follow precedents of which we do not approve” (DUXBURY, Neil. Ob. Cit., p. 02-03).

⁹¹⁵ “In a particular case, a court might be unsure of its jurisdiction – about whether, for example, it has the power to try a foreign detainee- and so might establish a precedent whereby it creates authority for itself (and for future courts for which its precedents hold good), at least until the legislature or a higher court determines that the law should be otherwise” (DUXBURY, Neil. Ob. Cit., p. 10).

⁹¹⁶ “The ‘binding force’ of precedents has, according to Allen, ‘through constant and often unthinking repetition, become a kind of sacramental phrase which contains a large element of fiction’. A judge is trained to believe ‘that the most conclusive logic is the analogy of antecedent cases, especially if they have been decided by Courts of higher jurisdiction than his own. By these we say he is ‘bound’. But he is only bound intellectually... It is he himself who must decide whether the precedent is authoritative or not’. The notion that the judges are ‘intellectually’ bound looks to amount to the unhelpful claim that precedents ‘ought always to be followed except when they should not’” (DUXBURY, Neil. Ob. Cit., p. 13).

se consideram vinculados a eles, ou pelo menos ‘vinculados’ a ter conhecimento sobre eles”⁹¹⁷.

O diferencial, porém, de acordo com Neil DEXBURY, está no fato de que “os juízes do sistema common law não sofrem sanção ao se negarem a seguir um precedente, então precedentes não constroem os juízes no sentido clássico do positivismo”⁹¹⁸. Logo, a observância do precedente não é equivalente à satisfação das regras legais que são seguidas por medo das consequências advindas do não-cumprimento.

A força vinculante de um precedente judicial é comumente explicada por sua hierarquia, pois geralmente uma corte se diz vinculada a seguir os julgados estabelecidos por uma instância superior. No entanto, os precedentes podem também se dar horizontalmente, isto é, juízes podem sentir-se vinculados por decisões de uma corte de igual grau na hierarquia, ou pelas próprias orientações anteriores. A assertiva de que uma corte é vinculada aos seus próprios precedentes geralmente é empregada para corroborar o fato de que um tribunal de última instância trata suas decisões considerando-as sempre corretas⁹¹⁹.

De acordo com DUXBURY, o argumento que a autoridade dos precedentes judiciais é variável traz consigo uma questão óbvia: o que determina o grau de obrigatoriedade de um precedente em particular? O peso de um precedente pode ser determinável por muitos fatores. Em linhas gerais, quanto mais alta a corte, mais forte o precedente: juízes da *common law* podem considerar os precedentes de cortes inferiores persuasivos, mas por certo não se sentirão constangidos a segui-los da mesma forma que os magistrados de cortes inferiores se posicionam em relação às decisões das cortes superiores. Um precedente que representa uma visão não unânime de um colegiado será provavelmente mais autoritário do que

⁹¹⁷ Com efeito, a indagação lançada é a seguinte: “*For what does it mean to say that precedents bind? The answers seems to be that precedents bind because judges consider themselves to be bound by them, or at least bound to take account of them*” (DUXBURY, Neil. Ob. Cit., p 15).

⁹¹⁸ Com efeito, Neil DUXBURY observa que: “*Common-law judges are not sanctioned for declining to follow precedent, and so precedents do not constrain judges in the classical positivist sense*” (DUXBURY, Neil. Ob. Cit., p 14).

⁹¹⁹ “*The binding force of judicial precedent is often explained in terms of hierarchy: generally, that is, a court is said to be bound to follow precedents established by a superior court. But precedent can work horizontally as well as vertically – that is, judges might be bound by the precedents of a court of co-ordinate jurisdiction, or by precedents of their own court’s making. The statement that a court is bound by its own precedents usually refers to the fact that a court of last resort has resolved to treat its own prior decisions as always correct*” (DUXBURY, Neil. Ob. Cit., p 28).

aquele que representa uma visão majoritária. Decisões de juízes consagrados podem carregar consigo mais força do que aquelas proferidas por julgadores de menor projeção comparativa⁹²⁰.

Assim, em questões infraconstitucionais, o mecanismo do *stare decisis* é dotado de maior firmeza; porém, nas questões constitucionais mostra-se mais flexível. Aliás, nesses casos constitucionais, Richard H. FALLON JR. afirma que a doutrina do *stare decisis* apresenta-se como um verdadeiro *quebra-cabeça*. Assim, esse autor destaca que nas hipóteses em que o tribunal venha a acreditar que uma decisão anterior é correta, é o caso de reafirmá-la. Para ele, a força da doutrina reside na sua propensão para perpetuar aquilo que era inicialmente um erro judicial ou, ao menos, para bloquear a reconsideração do que poder-se-ia considerar um equívoco⁹²¹. Para FALLON JR., um bom sistema legal exige estabilidade *razoável*, sendo que as decisões que estão erradas ou severamente disfuncionais devem ser anuladas⁹²². Assim, o autor conclui seu raciocínio afirmando que a doutrina do *stare decisis* é “funcionalmente desejável”, pois promove a estabilidade, protege expectativas estabelecidas e conserva recursos judiciais⁹²³.

⁹²⁰ “The argument that the authority of judicial precedents is variable prompts an obvious question: what determines the degree to which any particular precedent is authoritative? The weight of a precedent can depend in many factors. Generally speaking, the higher the court the stronger the precedent: common-law judges in higher courts may sometimes consider the precedents of lower courts persuasive, but they will not consider themselves constrained to follow them in the way that lower-court judges usually feel obligated to follow higher-court precedents. A precedent which represents the unanimous view of a panel of judges will probably be more authoritative than one which represents a majority view, or one which represents the view of a judge deciding alone. Decisions of highly-regarded judges may carry more weight than those of comparative lightweights” (DUXBURY, Neil. Ob. Cit., p. 62).

⁹²¹ “The doctrine of *stare decisis* presents a puzzle in constitutional cases. If a court believes a prior decision to be correct, it can reaffirm that decision on the merits without reference to *stare decisis*. The force of the doctrine thus lies in its propensity to perpetuate what was initially judicial error or to block reconsideration of what was at least arguably judicial error” (FALLON JR., Richard H. *Stare decisis and the constitution: an essay on constitutional methodology*. In **New York University Review**, V. 76. p. 570).

⁹²² “My argument, instead, is that a good legal system requires reasonable stability; that while decisions that are severely misguided or dysfunctional surely should be overruled, continuity is presumptively desirable with respect to the rest, (...)” (FALLON JR., Richard H. Ob. Cit., p. 585).

⁹²³ “In addition, the doctrine of *stare decisis* is functionally desirable. It promotes stability, protects settled expectations and conserves judicial resources” (FALLON JR., Richard H. Ob. Cit., p. 587-588).

De outro lado, cabe o registro de que o postulado do *stare decisis* é mais rígido na Inglaterra do que nos EUA⁹²⁴. Com efeito, em 1966, foi editado na Inglaterra o *Practice Statement* para fins de permitir que a Casa dos Lordes possa deixar de aplicar os seus próprios precedentes⁹²⁵; porém, aquela Corte não costuma valer-se deste expediente com receio de introduzir “incertezas” no ordenamento jurídico⁹²⁶.

No tocante ao sistema norte-americano, costuma-se afirmar que o *stare decisis* não está expressamente previsto na Constituição dos Estados Unidos e tampouco em lei federal⁹²⁷. Trata-se, conforme assinalado por Eduardo APPIO, de uma construção prudencial, derivada da própria *commow law*, “a qual se baseava nas decisões judiciais já proferidas anteriormente, com o sentido de garantir coerência e estabilidade nos julgamentos posteriores. Um juiz pode até discordar da correção da decisão anterior, firmada no precedente e, ainda assim, terá de aderir

⁹²⁴ “Essa diferença de flexibilidade entre o *stare decisis* americano e o inglês confirma que o controle de constitucionalidade é inexoravelmente *jurídico-político*. Tanto, que a própria Suprema Corte, em situações especiais, tem condicionado a irretroatividade da decisão ao interesse público que, por ser decisivamente relevante, prevalece no caso” (BARROS, Sérgio Resende de. Ob. Cit., p. 602).

⁹²⁵ “Os requisitos para a auto-revogação são: i) a Corte deve estar convencida de que o novo posicionamento acerca da questão tratada pelo precedente significará uma evolução no direito; ii) não será revogada decisão quando, muito embora o contexto atual aponte para uma solução mais adequada, o contexto da decisão não permitia tal solução (o erro de julgamento deve recair sobre algum princípio fundamental, evitando-se, assim, a revogação em decorrência de, por exemplo, modificação no quórum de julgamento); iii) a revogação não pode recair sobre precedente amplamente utilizado pelos cidadãos para orientar suas condutas sem que haja forte razão para isso, a fim de preservar-se a confiança dos jurisdicionados; iv) deve-se observar se o precedente não serviu de base para a promulgação de lei, constituindo presunção de validade do direito declarado; v) a revogação não deve recair sobre alguma questão que não tenha interesse prático, mas tão somente acadêmico” (PORTES, Maira. Ob. Cit., p. 122).

⁹²⁶ “Na Inglaterra, em 1966, foi editado o *Practice Statement*, que concedeu autorização para a *House of Lords* (Casa dos Lordes, a Suprema Corte inglesa) de não aplicar o próprio precedente. O texto do *practice statement* ressalta que ele não prejudica a utilização dos precedentes, mas reconhece que a ‘adesão muito rígida ao precedente pode conduzir à injustiça em um caso particular e também restringir a evolução da lei’. Ocorre que a *House of Lords* não costuma valer-se do *practice statement* por causa do medo de introduzir incerteza no ordenamento jurídico” (NOGUEIRA, Gustavo Santana. Ob. Cit., p. 105).

⁹²⁷ Para Richard H. FALLON JR., *stare decisis* é uma doutrina de “magnitude constitucional”, que está enraizada tanto nas normas “não-escritas” da prática constitucional, como na “própria” Constituição escrita em si. Para esse autor, trata-se de reconhecer a existência de normas não escritas que são validadas por uma mistura de aceitação e de justiça razoável (“*Stare decisis, I shall argue, is a doctrine of constitutional magnitude, but one that is rooted as much in unwritten norms of constitutional practice as in the written Constitution itself. More generally still, I shall argue that the contestable foundations of stare decisis – involving unwritten norms that are validated by a mixture of acceptance and reasonable justice*” [FALLON JR., Richard H. Ob. Cit., p. 572]).

ao que já foi decidido no passado. Nos casos de vinculação vertical, a adesão é irrestrita e obrigatória”⁹²⁸.

Logo, ao se advogar no cenário nacional em prol do efeito vinculante emanado do controle difuso de constitucionalidade, a partir da fixação da questão constitucional objeto de repercussão geral, é preciso assinalar que a “vinculação” daí advinda coloca-se em “grau” diverso da eficácia meramente persuasiva que possa advir da jurisprudência assente de um determinado tribunal de 2º grau. O precedente das Cortes inferiores, isoladamente falando, ou ainda a inclinação jurisprudencial, quando muito podem se revestir como argumentos de *autoridade* para a solução de casos similares.

A partir do que foi dito, é aceitável que a teorização nacional em torno dos precedentes busque apoio em certas categorias extraídas da *commow law*. Por óbvio, o apoio pretendido não significa “importação” acéfala daqueles institutos clássicos (notadamente, o *stare decisis*⁹²⁹), até mesmo porque os condicionantes históricos dos sistemas inglês e americano foram construídos com uma profunda confiança no papel do *judge-made law*, ou seja, algo bastante diverso da tradição continental européia⁹³⁰. Entretanto, diante das premissas que foram assentadas nas etapas anteriores do trabalho, a desconfiança outrora despertada pelo Judiciário

⁹²⁸ APPIO, Eduardo. Controle difuso de constitucionalidade, p. 57.

⁹²⁹ Ao falar da progressiva exaltação dos precedentes, José Carlos Barbosa MOREIRA observa que a ultimação deste procedimento pode induzir uma nova forma de subserviência, na forma de um “*neocolonialismo*” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos, p. 58).

parece incompatível com as expectativas que lhes são creditadas para a tarefa de realização dos direitos fundamentais.

Assim, como já foi adiantado, o caráter obrigatório do precedente é extraído da *ratio decidendi*. O problema é que “nem sempre, ou quase nunca, a *ratio decidendi* vem explicitada no julgamento de um caso concreto, cabendo ao intérprete, e ao juiz, a tarefa de extrair da decisão o que vincula (*ratio*), separando o que não vincula (*obiter*)”⁹³¹.

Vale dizer: a delimitação dos *fundamentos determinantes* (*ratio decidendi*) pressupõe a distinção dos demais argumentos utilizados em caráter *periférico*, ou seja, empregados apenas para corroborar a tese esposada. Com efeito, o *obiter dictum* (ou *obiter dicta*⁹³², no plural) consiste no conjunto de argumentos

⁹³⁰ Interessante, nesse particular, a síntese de Bruno Periolo ODAHARA a respeito das críticas traçadas por Jeremy BENTHAM, que atacou algumas exposições feitas pelo Sir Willian ASHHURST, o qual desnudou o processo de criação dos precedentes, na esteira do que ficou conhecido como “dog-law”. Com efeito, as críticas de BENTHAM foram direcionadas para as afirmativas de ASHHURST que, por sua vez, afirmou que os juízes da *commow law* fazem leis tal como o homem o faz para “educar” o seu cão: “Vocês sabem como eles o fazem? Da mesma forma que um homem faz leis para seu cão. Quando o cão de vocês faz alguma coisa que vocês não querem que ele faça, vocês esperam até ele fazer, e batem nele por isso. É desta maneira que vocês fazem leis para seu cão: e é desta maneira que os juízes fazem leis para vocês e para mim. Eles não dirão a um homem, de maneira antecipada, o que é que ele *não deve fazer* – eles nem mesmo permitirão que algo lhe seja dito: os juízes mentem até o momento em que o homem tenha feito algo que eles dizem que ele não deveria *ter feito*, e então o enforcam por isso. De que forma, então, alguém pode superar este direito-canino? Apenas assistindo aos seus procedimentos: pela observação de quais casos eles tenham enforcado um homem, em quais casos tenham o mandado à prisão, em quais casos eles tomaram seus bens, e assim por diante” (ODAHARA, Bruno Periolo. Um rápido olhar sobre o *stare decisis*. In **A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR** / Coordenador Luiz Guilherme Marinoni, Salvador: JusPodium, 2010. p. 68).

⁹³¹ NOGUEIRA, Gustavo Santana. Ob. Cit., p. 109.

⁹³² De acordo com Neil DUXBURY, “*an obiter dictum is literally ‘saying by the way’. In judicial opinions, passages which are obiter come in various forms - they might be unnecessary to the outcome, or unconnected to the facts of the case or directed to a point which neither party sought to argue - and may have been formulated by the judge with less care or seriousness than would have been the case had the passage been part of the reason for the decision*” (DUXBURY, Neil. Ob. Cit., p. 68). Tradução: “Obiter dictum é literalmente ‘falando nisso...’. Em opiniões judiciais, passagens que são *obiter* vêm de diferentes formas - elas podem ser desnecessárias ou desconexas aos fatos do caso ou em relação a algo que nenhuma das partes arguiu - e pode ter sido formulada pelo juiz com menos cuidado ou seriedade em parte da fundamentação da decisão” (DUXBURY, Neil. Ob. Cit., p. 68).

secundários, de caráter acessório, que não são indispensáveis para a conformação da decisão⁹³³.

Portanto, nos EUA, torna-se relevante distinguir o que é um *holding* de um *dictum* (proveniente da expressão *obiter dictum*). A locução *holding* refere-se ao que foi discutido e arguido perante o juiz (de modo que a analogia possível dar-se-ia com a regra do art. 515, §§ 1º e 2º, do CPC), enquanto que *dictum* compreende certas assertivas constantes do *decisium*, mas que não são imprescindíveis para o deslinde da questão, assumindo caráter meramente *persuasivo* para as cortes subordinadas. De qualquer forma, ao trabalhar a distinção e a identificação dos casos, “o órgão julgador torna os precedentes mais específicos, clareando seu alcance e aplicabilidade, possibilitando, por conseguinte, que os jurisdicionados prevejam com maior exatidão o posicionamento do Poder Judiciário sobre as mais variadas hipóteses jurídicas”⁹³⁴.

Torna-se relevante, a partir daí, retomar a discussão envolvendo o fortalecimento da jurisprudência no direito nacional, sob os influxos da aproximação entre o arquétipo idealizado para os países que seguem a tradição da *civil law* e os países que estão adstritos ao modelo da *commow law*. A partir dessa premissa, pode-se concluir, acompanhando Patrícia Perrone Camos MELLO, que “as decisões judiciais podem adquirir força diversificada, conforme múltiplos fatores, dentre os quais: o sistema de direito, a matéria em foco, o nível hierárquico das cortes, a necessidade de promover a uniformização da jurisprudência”⁹³⁵ etc.

Cabe reforçar que a autora em questão defende que a eficácia dos precedentes permite agrupar as decisões judiciais em três categorias: a) precedentes com *eficácia normativa*; b) precedentes com *eficácia impositiva intermediária*; e c) precedentes com *eficácia meramente persuasiva*. Vale dizer, os

⁹³³ “O *obiter dictum* (ou *obiter dicta*, no plural), ou simplesmente *dictum*, consiste nos argumentos que são expostos apenas de passagem na motivação da decisão, consubstanciando juízos acessórios, provisórios, secundários, impressões ou qualquer outro elemento que não tenha influência relevante e substancial para a decisão ('prescindível para o deslinde da controvérsia'). Normalmente, é definido de forma negativa: é *obiter dictum* a proposição ou regra de Direito que não compuser a *ratio decidendi*. É apenas algo que se faz constar 'de passagem', não podendo ser utilizado com força vinculativa por não ter sido determinante para a decisão” (DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, e OLIVEIRA, Rafael. Ob. Cit., p. 383).

⁹³⁴ SILVA, Lucas Cavalcanti da. Ob. Cit., p. 165.

⁹³⁵ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Ob. Cit., p. 62.

precedentes com eficácia normativa são aqueles que estabelecem um entendimento que deverá ser obrigatoriamente seguido em casos análogos, ou seja, “projetam efeitos não apenas entre as partes de um caso concreto, mas fixam uma orientação a ser obrigatoriamente seguida em todas as hipóteses semelhantes. Geram, para além da solução do litígio específico que lhes foi submetido, uma *norma*, ou seja: um *comando* aplicável, com *generalidade*, a todos os demais casos idênticos, de forma *permanente*, e sob pena de *sanção*, à imagem e semelhança de uma lei”⁹³⁶.

Por sua vez, os *precedentes com eficácia impositiva intermediária* substanciam aquelas hipóteses em que, “ainda que os julgados não tenham de ser obrigatoriamente seguidos, sua não-aplicação é profundamente criticada e provavelmente se sujeitará a revisão. Há, ainda, situações em que, muito embora não se atribua eficácia normativa às decisões, outros *efeitos impositivos mais brandos, para além do processo*, lhes são reconhecidos”⁹³⁷. No cenário brasileiro, poder-se-ia argumentar que os julgados emanados dos Tribunais ordinários, que balizam a aplicação do art. 557 do CPC, podem ser enquadrados nesta categoria. E, nos países filiados à tradição da *commow law*, é aceitável concluir que os precedentes emanados das cortes inferiores enquadram-se nesta categoria.

E, por último, a *eficácia meramente persuasiva* dar-se-á sempre que a invocação de um determinado julgado se der apenas “para fins de persuasão do magistrado, não tendo a aptidão de jungi-lo a seus termos. Neste caso, as decisões anteriores podem influir na formação da convicção dos juízes, fornecem elementos para a argumentação das partes e são dados reforçadores da motivação das sentenças, mas esta é toda a influência que exercem sobre demandas futuras”⁹³⁸.

Em sentido próximo, Fredie DIDIER JR. e Leonardo José Carneiro da CUNHA defendem que as decisões em matéria de controle de constitucionalidade podem ser agrupadas em quatro categorias, de acordo com a sua força vinculante e a extensão subjetiva dos seus efeitos: a) decisões proferidas por turma do STF em controle difuso; b) decisões proferidas pelo Pleno, em controle difuso, ainda não convertidas em enunciados de súmula vinculante; c) posicionamentos consagrados em

⁹³⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Ob. Cit., p. 63.

⁹³⁷ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Ob. Cit., p. 64-65.

enunciados de súmula vinculante; e, d) decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade⁹³⁹. Por certo, as duas últimas categorias não despertam maiores dificuldades no tocante ao alcance *erga omnes* delas, cabendo enfatizar que a matéria foi enfrentada no primeiro capítulo do presente trabalho. Outrossim, no tocante à expansão do efeito vinculante interessa destacar que os dois autores defendem que, se é verdadeiro que as decisões jungidas à primeira categoria produzem apenas efeitos *inter partes*, as decisões proferidas pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso, podem ser erigidas à categoria de precedente jurisprudencial *vinculativo*⁹⁴⁰.

E, no tocante aos efeitos dos *precedentes* em geral, Fredie DIDIER JR., Paula Sarno BRAGA e Rafael OLIVEIRA defendem que podem ser distinguidos três tipos de efeitos: *persuasivo*, *obstativo da revisão de decisões* ou *vinculante/obrigatório*. Assim, os *precedentes vinculantes/obrigatórios (binding precedent)* são dotados de *binding authority* (autoridade vinculante), quando tiverem eficácia vinculativa em relação aos julgados que, “em situações análogas, lhe forem supervenientes. Essa é a regra nos países que adotam o sistema do ‘*commow law*’. São relativamente obrigatórios quando, por fundadas razões, puderem ser afastados (não-aplicados); são absolutamente obrigatórios quando, ainda que incorretos, tiverem que ser seguidos em casos futuros”⁹⁴¹. Por sua vez, os *precedentes obstativos da revisão de decisões* têm o condão de “obstar a apreciação de recursos ou de obstar a remessa necessária. O efeito obstativo não deixa de ser, em última análise, um desdobramento do efeito vinculante de certos precedentes”⁹⁴². E, por fim, os

⁹³⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Ob. Cit., p. 66.

⁹³⁹ DIDIER JR., Fredie, e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Ob. Cit., p. 347.

⁹⁴⁰ “A segunda espécie (‘b’), como vimos, pode produzir efeitos *ultra partes*, como precedente jurisprudencial vinculativo, mas pode ser revista pelo Pleno do STF, surgindo novos fundamentos e tendo em vista a evolução do pensamento a respeito do assunto. É o que aconteceu com a discussão sobre a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar as causas envolvendo danos morais decorrentes da relação de trabalho, após a EC/45, em que o Pleno do STF, em um período de quatro meses, adotou posicionamentos antagônicos, prevalecendo a orientação pela competência da Justiça do Trabalho” (DIDIER JR., Fredie, e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Ob. Cit., p. 347).

⁹⁴¹ DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, e OLIVEIRA, Rafael. Ob. Cit., p. 388.

⁹⁴² DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, e OLIVEIRA, Rafael. Ob. Cit., p. 390. Assim, exemplificando com tal categoria, os autores fazem menção às regras dos artigos 475, § 3º, 518, § 1º, 544, § 3º e § 4º, e 557 do CPC.

precedentes persuasivos não dispõem de eficácia vinculante, dispondo apenas de “força persuasiva (*persuasive authority*), na medida em que constitui ‘indício de uma solução racional e socialmente adequada’”⁹⁴³.

Portanto, à guisa de sistematização do que foi exposto até aqui, é de se concluir que na sistemática da *commow law* as Cortes Superiores estão autorizadas a desconsiderar um precedente e empregar novos argumentos para a resolução de um caso similar, com o emprego da técnica do *overruling*⁹⁴⁴ (autêntica *ab-rogação* do precedente, ou, o que é mais comum, a sua *derrogação*, continuando válido apenas para certos aspectos da questão examinada). Costuma-se assentar que “a vinculação do *stare decisis* pode manifestar-se em sentido horizontal ou vertical. No primeiro, obriga os tribunais a respeitar seus próprios precedentes. Já o segundo, refere-se à obrigação dos tribunais (do sistema da *commow law*) de adotarem os precedentes das Cortes hierarquicamente superiores”⁹⁴⁵.

Assim, no cenário da *commow law*, as técnicas de confronto, interpretação e superação dos precedentes são basicamente duas: o *overruling* e o *overriding*⁹⁴⁶. Conforme destacado por Fredie DIDIER JR., Paula Sarno BRAGA e Rafael OLIVEIRA, o “*overruling* é a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por um outro precedente”⁹⁴⁷. E, por sua vez, a técnica compreendida pelo *overriding* é empregada quando “o tribunal apenas limita o âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal. No *overriding*, portanto, não há superação total do precedente, mas apenas uma superação parcial. É uma espécie de revogação

⁹⁴³ DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, e OLIVEIRA, Rafael. Ob. Cit., p. 390.

⁹⁴⁴ “O *overruling* é a revogação total de um precedente, no sentido de que o juiz do caso atual apresenta suas razões para não segui-lo, abrindo a oportunidade para construção de nova proposição jurídica para contexto idêntico. Trata-se da forma mais extrema de revogação, a qual, assim como no *distinguishing*, confere poderes legislativos limitados ao julgador, e que segue algumas regras elaboradas pela doutrina e pela legislação. Na Inglaterra e nos Estados Unidos, o *overruling* geralmente só pode ser feito por uma Corte superior à Corte prolatora da decisão a ser revogada” (PORTES, Maira. Ob. Cit., p. 117).

⁹⁴⁵ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Ob. Cit., p. 156.

⁹⁴⁶ “O *overriding* consiste no ato da corte em restringir o âmbito de aplicação de determinada doutrina em decorrência de uma nova regra surgida após o estabelecimento da doutrina no precedente, tratando-se de uma espécie de revogação parcial” (PORTES, Maira. Ob. Cit., p. 118).

⁹⁴⁷ DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, e OLIVEIRA, Rafael. Ob. Cit., p. 395.

parcial”⁹⁴⁸. Aliás, em certa medida, pode-se dizer que a jurisdição constitucional nacional contempla mecanismos similares, como é o caso do procedimento de revisão e cancelamento de súmulas vinculantes (vide, neste particular, os artigos 2º, §§ 2º e 3º, 3º, e 6º, da Lei n.º 11.417/2006).

Além das técnicas aludidas, pode-se cogitar ainda da *transformation*, fenômeno este identificado com o afastamento de uma doutrina pré-estabelecida sem anúncio específico por parte da Corte⁹⁴⁹. Desse modo, no caso do *overruling*, a tese recém-esposada vinculará decisões futuras, enquanto, na *transformation*, permanece aberta a possibilidade de utilização do precedente revogado em outros julgamentos futuros.

Daí porque Willian DOUGLAS adverte que no cotidiano da *commow law* a distinção e a superação dos precedentes ocorre, via de regra, de forma *gradual* e envolve considerável dose de *habilidade*⁹⁵⁰. Logo, acompanhando ainda a observação de Christopher J. PETERS é indisputável que o parâmetro imposto pela sistemática do *stare decisis* não pode ser compreendido como um comando “*inexorável*”, sendo que a Corte deve sopesar os seus benefícios e encargos correlatos. Aliás, conforme advertido por esse autor, a regra do *stare decisis* pode implicar um certo sacrifício de justiça às partes em casos individuais⁹⁵¹ pelo apego a um precedente considerado “injusto”.

⁹⁴⁸ DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, e OLIVEIRA, Rafael. Ob. Cit., p. 396.

⁹⁴⁹ “A *transformation* ocorre quando a corte, sem anunciar, revoga uma doutrina pré-estabelecida em decorrência de uma doutrina anterior a ela, formulada em julgamento anterior. (...) A escolha entre uma forma e outra de revogação deve levar em conta que o *overruling* revela que uma nova doutrina está sendo substituída por outra, a qual vinculará as decisões futuras; e que na *transformation*, apesar de se haver revogado integralmente o precedente, permanece aberta a possibilidade de que ele venha a ser, eventualmente, reanalisado e revogado parcialmente em outros julgamentos. (...) A desvantagem no uso da *transformation* é, no entanto, o risco de que os juízes das cortes inferiores não percebam que determinada doutrina foi revogada e, ainda, a pluralidade de entendimentos acerca da importância das observações tecidas, sendo o *overruling* mais claro no sentido de demonstrar a extirpação de certa doutrina no direito vigente” (PORTES, Maira. Ob. Cit., p. 118-119).

⁹⁵⁰ “*In other words, the distinguishing of precedents is often a gradual and rarely overruled a precedent. But as Radin has shown it has carried the technique of distinguishing precedents ‘to a very high pitch of ingenuity’*” (DOUGLAS, Willian. *Stare decisis*. In **Columbia law review**, Vol. 49, June 1949, n.º 06. p. 747) [“Em outras palavras, a distinção de precedentes é geralmente gradual e raramente ignora um precedente. Mas como se demonstrou, isso levou a técnica de distinguir precedentes demandar muita habilidade”].

⁹⁵¹ “*The rule of stare decisis may entail the sacrifice of justice to the parties in individual cases, but, far from being immune from considerations of justice, it must always be tested against the ends of justice more generally*” (PETERS, Christopher J. Foolish consistency: on equality, integrity and justice in stare decisis. In **The Yale Law Journal**, Vol. 105, p. 2.047).

3.5.2. O processo de generalização português: passagem do concreto para o abstrato.

O sistema português contempla mecanismos que permitem a “passagem” da fiscalização “*concreta*” para a fiscalização “*abstrata*”. Com efeito, CANOTILHO observa que, em certas situações, o Tribunal Constitucional português, depois de enfrentar o exame da constitucionalidade de uma norma em três casos concretos, poderá fixar, com *força obrigatória* geral, a inconstitucionalidade ou ilegalidade deste dispositivo legal. Trata-se, assim, de um mecanismo de *generalização* dos efeitos da decisão constitucional:

Permite-se o trânsito do controlo difuso para o controlo concentrado quando o Tribunal Constitucional tiver julgado e considerado inconstitucional ou ilegal uma norma em três casos concretos. Neste caso, ele poderá fixar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou ilegalidade dessa norma (cfr., art. 281/2). Existe aqui um fenómeno de *generalização* e o processo a isso destinado designa-se vulgarmente **processo de generalização**. Os efeitos jurídicos não se limitam aos casos concretos já julgados, antes se generaliza o juízo de inconstitucionalidade⁹⁵².

O procedimento para a generalização assume carácter *oficioso*, “cuja iniciativa pertence a qualquer dos juizes do TC ou ao Ministério Público (cfr., art. 82º da LTC), que promovem a organização do processo com as cópias dos acórdãos de onde constam as decisões de inconstitucionalidade (cfr., art. 82 da LTC), remetendo-o em seguida ao Presidente do Tribunal Constitucional” (CANOTILHO, JJ. Gomes. Ob. Cit., p. 1.024).

A partir daí, pode-se dizer que a declaração de inconstitucionalidade assume uma *força obrigatória geral* com a mesma eficácia e os mesmos efeitos das decisões proferidas em processo de fiscalização abstrata (art. 282 da Constituição portuguesa). Assim, a generalização dos juízos de inconstitucionalidade e “conseqüente declaração com força obrigatória geral deve limitar-se às *normas* que foram julgadas inconstitucionais, e nos termos em que o foram, nos três casos concretos (cfr. Acs. TC 30/88, 64/88, 306/88). Nesta lógica, não pode haver declaração com força obrigatória geral de uma norma diversa da que foi julgada inconstitucional em três casos concretos”⁹⁵³. O aperfeiçoamento desses processos

⁹⁵² CANOTILHO, JJ. Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição, p. 1.024.

⁹⁵³ CANOTILHO, JJ. Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição, p. 1.024-1.025.

de generalização é obtido com publicação da declaração de inconstitucionalidade no Diário da República, cancelando-se, assim, a sua força obrigatória geral. Trata-se, aliás, de fenómeno similar ao que foi implantado no Brasil com o advento da Lei n.º 11.417/2006, responsável por regulamentar a súmula vinculante.

Ademais, parafraseando CANOTILHO, a questão guarda pertinência com o problema das decisões interpretativas da Corte Constitucional. De acordo com CANOTILHO, as decisões do Tribunal Constitucional não podem ser resumidas aos dois tipos “puros”, vale dizer, sentenças ou decisões positivas ou sentenças de acolhimento da inconstitucionalidade e sentenças ou decisões negativas ou sentenças de rejeição da inconstitucionalidade. Com efeito, “o TC pode, porém, proferir **decisões interpretativas**, *quer de acolhimento quer de rejeição* que se reconduzem ‘a tipos intermédios’: (1) *decisão interpretativa de acolhimento*: quando uma norma considerada constitucional pelo tribunal recorrido (decisão negativa) é julgada inconstitucional pelo TC: (i) por este considerar manifestamente insustentável a interpretação da norma no sentido da constitucionalidade feita por esse tribunal; (ii) entender que os sentidos possíveis e razoáveis da norma conduzem à sua inconstitucionalidade, (2) *decisão interpretativa de rejeição*: quando uma norma julgada inconstitucional pelo tribunal *a quo* (decisão positiva) é considerada como constitucional pelo TC, desde que ela seja interpretada num sentido conforme a Constituição (interpretação adequadora), diferente do atribuído pelo tribunal recorrido (cfr., por último, Acs. TC 329/99, 517/99)”⁹⁵⁴.

3.5.3. Jurisprudência constante e vinculatividade: a experiência do México, da Guatemala e de outros países.

Mecanismo semelhante ao processo de generalização português pode ser encontrado na experiência mexicana, de sorte que, nesse país, cinco decisões uniformes – sem nenhuma outra em sentido contrário – tornam a jurisprudência “obrigatória”. Com efeito, analisando a figura do recurso de amparo do sistema mexicano, Izaias José de SANTANA noticia que a reforma legislativa empreendida em 1968 instituiu “a ‘jurisprudência obrigatória’ ou jurisprudência constante da Suprema Corte e dos tribunais colegiados, que, após cinco anos de manifestações

⁹⁵⁴ CANOTILHO, JJ. Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição, p. 1002-1003.

no mesmo sentido, vinculam os tribunais inferiores. Carpizo, Diaz e Fix-Zamudio (1997. p. 770) sustentam que são necessárias cinco decisões uniformes sem outra em sentido contrário para que a jurisprudência se torne obrigatória⁹⁵⁵.

Da mesma forma, Izaías José de SANTANA ainda faz alusão ao sistema da Guatemala, o qual dispõe de mecanismo similar ao expediente da jurisprudência “**constante**” do modelo mexicano:

A Guatemala possui controle difuso das normas, com efeitos intrapartes, mas, após três decisões análogas, estas têm efeito vinculante para os tribunais inferiores. Na Constituição de 1965, ao lado do sistema difuso, admite-se um controle de constitucionalidade abstrato através da Corte Constitucional, com efeitos *erga omnes*, segundo o modelo kelseniano e o Tribunal Federal Constitucional alemão. A Guatemala segue a distinção clássica, estabelecendo às sentenças produzidas em ações diretas efeitos *erga omnes*, com exclusão da norma do ordenamento jurídico. Nas declarações proferidas incidentalmente, atribuem-se efeitos de coisa julgada intrapartes, com a vinculação do Poder Judiciário, após três decisões⁹⁵⁶.

Há que se aceitar, portanto, que a experiência portuguesa envolvendo o processo de *generalização* das decisões constitucionais (passagem do *concreto* para o *abstrato*) e ainda o sistema da jurisprudência *constante* do México e da Guatemala permitem concluir que as decisões constitucionais possuem uma tendência intrínseca para alcançar casos similares, numa verdadeira perspectiva de abstratização.

Além disso, o exame mais atento da jurisdição constitucional de outros países possibilita antever que, apesar de certas diferenças no tocante à iniciativa de desencadeamento do processo decisório envolvendo a decisão constitucional, há uma certa propensão pela unificação desses modelos para fins de resguardar tratamento uniforme no tocante aos efeitos dos pronunciamentos decisórios em matéria constitucional. Com efeito, “a Áustria mantém um sistema de controle concentrado abstrato e um sistema de controle concentrado concreto, equiparando-os em seus efeitos”⁹⁵⁷.

Com relação ao modelo alemão, Roberto DEL CLARO observa que “as decisões do BVerfG vinculam os órgãos constitucionais, todos os juízos e autoridades. Não há vinculação do próprio Tribunal, que mantém o seu poder de *overruling*. (...) As decisões do BVerfG produzem um tipo específico de vinculação

⁹⁵⁵ SANTANA, Izaías José de. Ob. Cit., p. 130.

⁹⁵⁶ SANTANA, Izaías José de. Ob. Cit., p. 133.

denominado de 'força de lei' (Gesetzeskraft). Trata-se, em breves palavras, de uma extensão subjetiva dos efeitos da decisão e com pretensões universalizantes"⁹⁵⁸.

Em igual medida, o sistema espanhol é unificado quanto aos efeitos da decisão do Tribunal Constitucional. Seja por força do controle abstrato, seja por força do exame do caso concreto, as decisões são impositivas para os poderes públicos e autoridades estatais. Por isso, Izaías José de SANTANA observa que: "O sistema espanhol é unificado quanto aos efeitos da decisão do Tribunal. Tanto no controle abstrato, por via de ação, como no concreto, por remessa dos juízes ou tribunais ou no julgamento dos recursos de amparo, as decisões vinculam todos os poderes públicos e todas as autoridades"⁹⁵⁹.

Em relação à Argentina, LÖSING observa que: "As decisões da Corte Suprema, pelo contrário, são vinculantes até certo ponto, para os tribunais inferiores. A Corte Suprema, em sua jurisprudência, em algumas ocasiões tem acentuado uma obrigação moral dos tribunais inferiores seguirem sua jurisprudência e, parcialmente, reconhecido uma obrigação institucional. Apesar disso, os tribunais inferiores podem afastar-se da jurisprudência da Corte Suprema, quando a enfrentam, com o devido respeito, incluindo novos argumentos"⁹⁶⁰.

A julgar pela aproximação dos modelos e pela confluência dos efeitos da decisão constitucional, tem-se como acertada a conclusão de Pablo Perez TREMPs, ao defender que a jurisdição constitucional deve ser definida pela conjugação dos conceitos material e substantivo:

A conseqüência conceitual desta superação da tradicional dicotomia justiça constitucional concentrada européia versus justiça constitucional difusa norte-americana é que, na atualidade, a justiça constitucional já não pode ser identificada a partir de elementos formais ou institucionais; necessariamente o conceito de 'Justiça Constitucional' deve ser entendido como um conceito material e substantivo, como o

⁹⁵⁷ SANTANA, Izaías José de. Ob. Cit., p. 89.

⁹⁵⁸ DEL CLARO, Roberto. Coisa julgada e efeito vinculante na jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão. *In A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR* / Coordenador Luiz Guilherme Marinoni, Salvador: JusPodium, 2010. p. 177-178.

⁹⁵⁹ SANTANA, Izaías José de. Ob. Cit., p. 131-132.

⁹⁶⁰ LÖSING, Norbert. *La jurisdiccionalidad constitucional in latinoamérica*. Trad. de Marcela Anzola Gil e Konrad Hesse, Madrid: Dukinson, 2002. p. 218.

conjunto de técnicas tendentes a garantir e interpretar a Constituição mediante mecanismos jurídico-constitucionais, sejam estes os que forem⁹⁶¹.

⁹⁶¹ TREMPs, Pablo Perez. La justicia constitucional en la actualidad. *In* **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n.º 1, jan./jun., São Paulo: Editora Método, 2003. p. 31.

3.6. Limites objetivos da coisa julgada em matéria constitucional, efeito vinculante e a transcendência dos motivos determinantes da decisão.

3.6.1. Limites objetivos da coisa julgada em matéria constitucional: conexões com o efeito vinculante.

A partir das premissas apontadas, há que se investigar ainda a questão concernente à transposição dos limites objetivos da decisão constitucional para efeitos de caracterização do efeito vinculante, ou seja, precisar quais os comandos jurídicos da decisão constitucional são hábeis para projetar *eficácia* expansiva para os possíveis casos análogos. Com efeito, a defesa de uma eficácia expansiva da decisão constitucional - emanada do controle difuso -, pode ser firmada a partir da vinculação de terceiros estranhos à relação processual, mesmo porque, como regra, as decisões judiciais são vinculantes para as partes aí figurantes.

Não se está a cogitar dos efeitos *naturais* da sentença, pois, como é sabido, tais efeitos podem alcançar terceiros. Essa situação, diga-se de passagem, é naturalmente diversa do comando estipulado no art. 472 do CPC, o qual prevê que a coisa julgada vincula apenas as partes do processo, “não beneficiando, nem prejudicando terceiros”. Em última análise, pode-se concluir que os efeitos naturais da sentença não se limitam às partes⁹⁶², enquanto o alcance da coisa julgada dar-se-á para aqueles que participaram em regime de contraditório da relação processual⁹⁶³.

A partir dessa distinção assente no direito processual civil brasileiro, pode-se estabelecer que o efeito vinculante implica oponibilidade *erga omnes* do comando

⁹⁶² “O princípio cardeal, em matéria de extensão subjetiva da coisa julgada, consubstancia-se no seguinte: ou a lei faz extensiva a eficácia peculiar da coisa julgada a alguém que haveria de permanecer terceiro, estranho à demanda, e, nesse caso, a questão se resolve numa das hipóteses de *litisconsórcio necessário*, de modo que o suposto terceiro passa a ser parte; ou a intervenção não é *necessária*, no sentido de ser inafastável, e ter-se-ão casos de *efeitos reflexos* ou outros efeitos (ditos naturais) da sentença que não impedem que os terceiros rediscutam o julgado, havendo aquele nexo de prejudicialidade-dependência, definida pela doutrina italiana como capaz de dar ensejo à intervenção de terceiros; ou, nos demais casos, que envolveriam os chamados *terceiros indiferentes*, estes hão de suportar, não a coisa julgada, mas as eficácias *naturais da sentença*” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. Eficácias da sentença e coisa julgada. In **Sentença e coisa julgada [ensaio e pareceres]**, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 96).

imposto por determinada decisão judicial, dirigida aos demais operadores do direito e eventuais litigantes em processos similares. Logo, não há como confundir o efeito vinculante com a qualidade de *imutabilidade* da sentença, atributo próprio da coisa julgada. Observe-se, assim, que o efeito vinculante não se projeta para efeitos de evitar novas decisões a respeito da matéria (imposição *negativa* da coisa julgada⁹⁶⁴), mas, fundamentalmente, para efeitos de evitar pronunciamento diverso acerca da “tese” fixada por determinado órgão julgador, permitindo ainda o emprego de um remédio executivo para impor a sua observância⁹⁶⁵.

Sendo assim, não há como nivelar “efeito vinculante” e “coisa julgada”, pois o primeiro está atrelado à ideia de eficácia impositiva da *ratio decidendi* adotada por determinado órgão julgador. Assim, numa síntese do tema, pode-se dizer que o efeito vinculante volta-se a preservar a interpretação ditada por determinado órgão judicial no tocante a uma dada questão jurídica, a partir de parâmetros normativos delimitados.

Interessante ressaltar, contudo, que ao invés da defesa do efeito vinculante propriamente dito, Ovídio A. Baptista da SILVA advogava em prol da sugestão de expansão e de maior amplitude da coisa julgada, com a defesa da modalidade *ultra*

⁹⁶³ Sendo assim, parece possível divisar que a eventual sentença anulatória de assembleia condominial (condomínio edilício) afeta todos os condôminos (efeitos da sentença); porém, a coisa julgada que venha a gravar a referida decisão estará adstrita apenas as partes originárias do processo (ou ainda àquelas que puderam interferir na relação processual em regime de contraditório), de sorte que outros condôminos estranhos à lide originária não estarão atrelados ao comando da coisa julgada.

⁹⁶⁴ Costuma-se distinguir duas facetas da coisa julgada (o aspecto *negativo* e o aspecto *positivo*). Por um lado, a coisa julgada manifesta-se por meio de “uma função (aspecto, ou eficácia) ‘negativa’”. Consiste na proibição, nos limites acima expostos, de que qualquer órgão jurisdicional torne a apreciar o mérito do objeto processual sobre o qual já recai a coisa julgada. É nesse sentido que a coisa julgada funciona como pressuposto processual negativo (CPC, art. 267, V). Por outro, há a função (ou aspecto, ou eficácia) ‘positiva’ da coisa julgada. O *decisum* (resultado) sobre o qual recai a coisa julgada terá de ser obrigatoriamente seguido por qualquer juiz, ao julgar outro processo, entre as partes, cujo resultado dependa logicamente da solução a que se chegou no processo em que já houve coisa julgada material (...)” (TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão, p. 130).

⁹⁶⁵ Com efeito, não é tarefa fácil distinguir efeito vinculante e eficácia *erga omnes*: “Diante da aparente proximidade dos institutos, não é tarefa fácil distinguir, de modo preciso, a eficácia *erga omnes* do efeito vinculante, inexistindo consenso na doutrina quanto ao sentido exato do efeito vinculante. A eficácia *erga omnes*, como o próprio nome diz, permite que os efeitos das decisões proferidas no controle abstrato de constitucionalidade sejam oponíveis contra todos, atingindo, assim, terceiros que não participaram do processo. Isto significa que a declaração de (in)constitucionalidade torna a norma jurídica (in)eficaz para todos, sem qualquer distinção” (CARNEIRO, Tânia Aoki. Ob. Cit., p. 191).

*partes*⁹⁶⁶ para as situações envolvendo “direitos individuais homogêneos”, para os recursos “semelhantes” etc.

Em última análise, a hipótese de investigação encampada pressupõe o enfrentamento da importância dos *precedentes*⁹⁶⁷ ou, dito de outra forma, se é aceitável a expansão do efeito vinculante no controle difuso de constitucionalidade, há que se discutir a questão envolvendo a *transcendência* dos fundamentos determinantes⁹⁶⁸ de certas decisões constitucionais para os demais casos e controvérsias similares.

Nesse ponto, é preciso retomar a discussão envolvendo dois cenários marcadamente distintos, pois, no controle *concentrado* de constitucionalidade, a discussão relativa aos *limites objetivos* da coisa julgada em matéria constitucional não está jungida ao exame da regra clássica do art. 469 do CPC, devendo ser complementada pelo estudo dos *fundamentos determinantes* da decisão constitucional.

De outro lado, numa análise perfunctória do controle *incidental* de constitucionalidade, a leitura consentânea com os parâmetros legais hauridos do Código de Processo Civil aponta que, a rigor, sequer se pode falar da “ocorrência” de coisa julgada entre os litigantes no tocante ao tema constitucional, pois a apreciação das chamadas questões *incidentais* serve apenas como fundamento para o juízo de procedência ou improcedência da pretensão deduzida em juízo. E,

⁹⁶⁶ “É certo que o sistema de ‘arguição de relevância’ não é incompatível com a ‘súmula vinculante’, mas as demandas relativas aos chamados ‘direitos individuais homogêneos’ e outras ações análogas, fonte de recursos idênticos, reproduzidos aos milhares e às vezes às dezenas de milhares, a absorverem os tribunais superiores, poderiam encontrar solução, a nosso ver, através de outros instrumentos, como por exemplo a instituição de uma norma legal que estendesse *ultra partes* a coisa julgada contida em decisão proferida em última instância pelos tribunais supremos, em ações desta espécie – sabido, como é, que o vínculo da coisa julgada não é o mesmo que decorre da ‘súmula vinculante’ –; ou então, fazendo com que a propositura da respectiva ação individual determinasse sua automática transformação em ação coletiva, ou impusesse a suspensão de seu curso, até que o órgão legitimado ajuizasse uma ação coletiva, capaz de produzir coisa julgada *ultra partes*” (SILVA, Ovídio A. Baptista. Ob. Cit., p. 304-305).

⁹⁶⁷ “Precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos” (DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, e OLIVEIRA, Rafael. Ob. Cit., p. 381).

⁹⁶⁸ “Em diversas passagens, o STF vem atribuindo efeito vinculante não somente ao dispositivo da sentença, mas, também, aos **fundamentos determinantes da decisão**. Fala-se, então, em **transcendência dos motivos determinantes**” (LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008. p. 171).

por sua vez, na seara do controle difuso é possível sustentar que a questão atinente à expansão do efeito vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário não se resolve a partir das regras conformadoras dos limites *objetivos* da coisa julgada.

Diversa ainda é a situação extraída a partir do julgamento do já mencionado incidente da arguição de inconstitucionalidade preconizado pelos artigos 480 a 482 do CPC. Trata-se, aqui, de mecanismo de *vinculatividade* com projeção para os demais órgãos *fracionários* internos do Tribunal responsável pelo julgamento do incidente da arguição de inconstitucionalidade⁹⁶⁹, cuja imposição é derivada da regra constitucional da *reserva de plenário* para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo⁹⁷⁰. Assim, a disciplina do incidente da arguição de inconstitucionalidade (CPC, arts. 480 a 482) é consentânea com a norma imposta pelo art. 97 da Constituição da República⁹⁷¹. A regra de reserva de plenário, diga-se

⁹⁶⁹ “Embora esse incidente seja um instrumento processual típico do controle *difuso*, a análise da constitucionalidade da lei é feita em *abstrato*. Trata-se de incidente processual de natureza objetiva (é exemplo de processo objetivo, semelhante ao processo da ADIN ou ADC). Embora a resolução da questão não fique submetida à coisa julgada *erga omnes* (porquanto tenha sido examinada *incidenter tantum*), ‘a decisão do tribunal pleno não valerá somente para o caso concreto em que surgiu a questão de constitucionalidade. Será paradigma (*leading case*) para todos os demais feitos – em trâmite no tribunal – que envolvam a mesma questão’. Essa decisão tem eficácia vinculativa para o tribunal” (DIDIER JR., Fredie, e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Ob. Cit., p. 573).

⁹⁷⁰ “Em razão da regra constitucional, sempre que for suscitada questão dessa natureza perante órgão fracionário de tribunal, este, se acolher a alegação, suscitará o incidente disciplinado nos arts. 480 a 482 do CPC, ou seja, suspenderá o julgamento do feito e submeterá a apreciação da inconstitucionalidade ao plenário ou ao órgão especial. A norma será considerada inconstitucional se forem nesse sentido os votos da maioria absoluta dos seus integrantes. Em caso contrário, ela será tida por constitucional. Em qualquer dos casos, a decisão do incidente será vinculativa para o órgão fracionário, que deverá observá-la quando retomar o julgamento da causa” (ZAVASCKI, Teori Albino. Ob. Cit., p. 34). No mesmo sentido: “Sempre que o órgão julgador afastar a incidência de uma norma, por considerá-la inconstitucional, estará procedendo a uma declaração de inconstitucionalidade, mesmo que o faça sem explicitar e independente de arguição expressa. Essa linha de entendimento, que é intuitiva, tem a chancela do Supremo Tribunal Federal, que em hipóteses diversas invalidou decisões de órgãos fracionários de tribunais inferiores, por violação ao art. 97 da Constituição. O fio condutor dos pronunciamentos da Corte foi o de que a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, em controle difuso, é pressuposto para o afastamento da aplicação da norma tida por inconstitucional. E que tal declaração, em se tratando de decisão proferida por tribunal, só pode ser feita pelo plenário ou pelo órgão especial, por maioria absoluta” (BARROSO, Luis Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 78).

⁹⁷¹ Dispõe o art. 97 da Constituição da República que “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

de passagem, não é critério de competência, mas sim condição de eficácia da decisão de inconstitucionalidade advinda de órgão colegiado⁹⁷².

Interessante repisar, em abono à tese ventilada no curso deste trabalho, que os Tribunais brasileiros há bastante tempo se inclinaram por não instaurar o incidente da arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento advindo do Supremo Tribunal Federal⁹⁷³. Posteriormente, tal orientação jurisprudencial que vinha nortando a matéria, acabou influenciando o regramento do § único do art. 481 do CPC⁹⁷⁴.

Logo, retornando à primeira hipótese ventilada, pode-se dizer que no controle concentrado de constitucionalidade, o exame dos limites e alcance da coisa julgada em matéria constitucional está pautado pela regra do art. 469 do CPC. Entretanto, conforme anotado por Roger S. LEAL, é possível identificar uma certa insuficiência da adstrição ao comando dispositivo exarado no julgamento pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade proferido no controle concentrado⁹⁷⁵, motivo pelo qual

⁹⁷² "Acolhida a arguição, por maioria simples dos votos, total ou parcialmente, ocorrerá a cisão funcional do julgamento, eis que ao órgão especial caberá o exame da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei e ao órgão fracionário a decisão sobre a questão principal do processo, com base no julgamento da prejudicial de mérito. O Pleno (ou o Órgão Especial) só decidirá a arguição de inconstitucionalidade nos limites em que tiver sido acolhida pelo órgão fracionário; no entanto, sua atividade cognitiva não está limitada pelos fundamentos jurídicos da inconstitucionalidade invocada" (PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Ob. Cit., p. 77).

⁹⁷³ "Por outro lado, com fundamento no sentido teleológico da norma do art. 97 da CF, alguns tribunais passaram a considerar dispensável a instalação do incidente de inconstitucionalidade nas hipóteses em que já houvesse precedente do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. Prestigiavam-se, com isso, os princípios da segurança jurídica, da igualdade perante a lei, da economia processual, da racionalidade dos serviços judiciários e da autoridade do STF, guardião da Constituição. Em nome desses mesmos valores e princípios, também essa prática foi considerada perfeitamente legítima pela Corte Suprema" (ZAVASCKI, Teori Albino. Ob. Cit., p. 35).

⁹⁷⁴ "Art. 481. (...) § único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão".

⁹⁷⁵ "Ante a recalcitrância dos demais poderes, sobretudo mediante a reiteração material de atos e condutas declarados inconstitucionais, é possível constatar certa insuficiência na eficácia das decisões proferidas pelos órgãos de jurisdição constitucional. A limitação da autoridade da decisão apenas à sua parte dispositiva, a exemplo do que ocorre com as demais decisões jurisdicionais, não observa tais implicações. Em regra, essa parte do julgado cinge-se, no máximo, a declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinado ato normativo, consoante o perfil de legislador negativo, não se estendendo, em face do balizamento decorrente do pedido formulado, a atos materialmente análogos, vigentes ou futuros" (LEAL, Roger Stiefelmann. Ob. Cit., p. 112).

justifica-se hodiernamente a preocupação com a identificação da *ratio decidendi*⁹⁷⁶ e ainda com os *fundamentos determinantes* da decisão constitucional. Cabe recordar que – por força da impossibilidade de adstrição e conformação da Suprema Corte à causa de pedir invocada⁹⁷⁷ – na via do controle concentrado, torna-se fundamental conhecer os fundamentos determinantes da decisão constitucional. Além disso, o emprego das técnicas de “salvamento”, tais como a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto etc., estão a recomendar a investigação acerca dos *fundamentos determinantes* da decisão constitucional.

No Brasil, há um problema adicional no tocante ao tema, porquanto os votos divergentes também são *publicados* como parte integrante do acórdão *majoritário*. Poder-se-ia argumentar, para fins de precisar os *motivos determinantes* (ou *ratio decidendi*), que apenas as teses *uníssonas* constantes do voto condutor viessem a prevalecer. Além disso, por vezes certos votos são unânimes na conclusão manifestada, mas divergem quanto aos fundamentos. Nesse último caso, apesar de se reputar que a discordância dar-se-á apenas no tocante ao resultado do julgamento, não se pode ignorar que o voto dissidente também está assentado em bases ou motivação condizente com a conclusão externada. Logo, no sistema judiciário brasileiro, a identificação da *ratio decidendi* esbarra em tal dificuldade adicional⁹⁷⁸. À guisa de comparação, cabe ressaltar que, no caso da Suprema Corte

⁹⁷⁶ “A imposição da *ratio decidendi* que presidiu a decisão aos demais poderes teria como efeito normativo necessário a proibição do uso do expediente da reiteração do comportamento julgado inconstitucional, bem como a obrigação de eliminar os demais atos que encerram o mesmo vício apontado. Este acréscimo eficaz denominou-se efeito vinculante (*Bindungswirkung*)” (LEAL, Roger Stiefelmann. Ob. Cit., p. 113).

⁹⁷⁷ “Realmente, o fenômeno da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade de um preceito normativo, embora demande, para sua averiguação, o exame da realidade social, é fundado, invariavelmente, numa relação de referência entre a norma infraconstitucional questionada e a ordem constitucional superior que lhe dá suporte de validade. A indicação específica, pelo demandante, do dispositivo constitucional que supõe violado não representa estratificação da causa de pedir, nem inibe a cognição do Supremo Tribunal Federal, que leva em conta o conjunto das normas constitucionais. Em outras palavras: a causa de pedir não é a ofensa a este ou àquele artigo da Constituição, mas à Constituição em seu todo, cabendo à Corte, como é do seu dever, apreciar o pedido (que é sempre o da declaração de inconstitucionalidade) à luz de todo o ordenamento constitucional, tudo sob as luzes do princípio *jura novit curia*” (ZAVASCKI, Teori Albino. Ob. Cit., p. 106).

⁹⁷⁸ Cabe observar, nesse sentido, o conteúdo da ADI n.º 51-9/RJ, em que os votos manifestados pelos Ministros do Supremo estavam assentados em razões bastante díspares.

americana, “os votos individuais não são em regra anunciados; e, salvo alguma discordância especial, os julgamentos sobre pedidos de apreciação simplesmente não são tornados públicos”⁹⁷⁹.

Por tais razões, diante das peculiaridades do sistema nacional, pode-se dizer que apenas a tese central (ou as “teses centrais”) encampada(s) pela posição majoritária podem assumir eficácia “transcedente”, de modo a se trabalhar com o efeito vinculante daí decorrente⁹⁸⁰. A tarefa que se impõe, então, consiste em identificar o núcleo essencial das decisões constitucionais do controle difuso, com o consequente afastamento dos argumentos marginais (“dicta”).

Além disso, a questão atinente à delimitação e conformação do efeito vinculante enseja controvérsias variadas, com o registro ainda de que, por vezes, o efeito vinculante é visualizado de forma sobreposta em relação à eficácia *erga omnes*. Contudo, parece assentado que o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes* são realidades distintas, sendo que o primeiro *transcende* a parte “dispositiva” da decisão e atinge os seus motivos ou fundamentos determinantes⁹⁸¹. Portanto, cabe repisar que o efeito vinculante não se confunde com a eficácia *erga omnes*, ou eficácia contra todos, muito embora possam se identificar como institutos afins⁹⁸². Daí porque a força vinculante deve ser compreendida como um mecanismo impositivo dos fundamentos determinantes de determinado precedente judicial forte.

⁹⁷⁹ BRAGHITTONI, R. Ives. Ob. Cit., p. 31.

⁹⁸⁰ Conforme realçado pelo prof. Luiz Guilherme MARINONI, “o verdadeiro valor do precedente – seja qual for ele – não está na parte dispositiva da decisão, mas na essência das razões apresentadas para justificá-la” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Elaboração dos conceitos de ratio decidendi* [fundamentos determinantes da decisão] e *obiter dictum* no direito brasileiro, p. 254).

⁹⁸¹ “Em tese, os fundamentos determinantes limitam-se às razões que são relevantes para a decisão proferida, isto é, aos motivos sem os quais o decisum constante da parte dispositiva não teria sentido ou consistência. Os demais comentários e afirmações que integrem a motivação da decisão, mas não se enquadrem na definição de *ratio decidendi*, designam-se por *obiter dictum*” (LEAL, Roger Stiefelmann. Ob. Cit., p. 169).

⁹⁸² Eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, tecnicamente, são coisas distintas. Com efeito, Luis Roberto BARROSO afirma que “o limite objetivo da coisa julgada é a matéria decidida, tal como expressa na parte dispositiva da decisão. O dispositivo do acórdão que acolhe a pretensão em ação direta de inconstitucionalidade terá, como regra, teor análogo ao que segue: ‘O Tribunal, por maioria (ou por unanimidade), julgou procedente o pedido formulado na ação direta, para declarar a inconstitucionalidade da lei X/00 (ou o art. n da Lei). (...) Já por eficácia *vinculativa*, juízes e tribunais, ao decidir a questão a eles submetida, não poderão desconsiderar, como premissa necessária, que a lei objeto da decisão do Supremo Tribunal Federal é inconstitucional, sob pena de ofensa à coisa julgada” (BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 151).

No caso específico do problema-tese, está a se falar do efeito vinculante da tese ou questão constitucional assentada no julgamento de recurso extraordinário embuído de repercussão geral.

Assim, a eficácia *erga omnes* significa que, acaso o Supremo Tribunal Federal venha a declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma determinada lei ou ato normativo, a matéria não poderá ser suscitada por outro jurisdicionado⁹⁸³. Sendo assim - e aqui, diga-se de passagem, parece residir a confusão -, é possível sustentar que o instituto também "vincula" os jurisdicionados, pois obsta que a questão constitucional decidida pelo Supremo Tribunal Federal venha a ser submetida novamente por outro interessado no curso de um novo processo⁹⁸⁴.

Desse modo, ao contrário da eficácia *erga omnes*, o efeito vinculante propriamente dito suplanta aquela perspectiva, atingindo também os *motivos* ou *fundamentos determinantes* da decisão, de modo que a mesma se transforma em precedente de observância obrigatória para os demais membros do Poder Judiciário⁹⁸⁵. Caso se esteja diante de matéria já reiterada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, culminando com a edição de súmula vinculativa, pode-se dizer que o efeito vinculante alcançará ainda a Administração Pública direta e indireta, em seus três níveis de representatividade.

⁹⁸³ De acordo com Ives Gandra da Silva MARTINS e Gilmar Ferreira MENDES, "do "prisma estritamente processual, a eficácia geral ou *erga omnes* obsta, em primeiro plano, que a questão seja submetida, uma vez mais, ao Supremo Tribunal Federal. Portanto, não se tem uma *mudança qualitativa* da situação jurídica. Enquanto a declaração de nulidade importa na cassação da lei, não dispõe a declaração de constitucionalidade de efeito análogo" (Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n.º 9.868, de 10-11-1999, Ives Gandra da Silva MARTINS e Gilmar Ferreira MENDES, p. 586).

⁹⁸⁴ Tanto é assim que para José Afonso da SILVA, o efeito vinculante não passa de uma decorrência lógica da eficácia *erga omnes*: "O *efeito vinculante* relativamente à função jurisdicional dos demais órgãos do Poder Judiciário, portanto, já decorreria da própria afirmativa da eficácia contra todos, mas, assim mesmo, o texto quis ser expresso para alcançar também os atos normativos desses órgãos que eventualmente tenham sido objeto de uma decisão em ação declaratória de constitucionalidade. Assim nenhum juízo ou Tribunal poderá conhecer de ação ou processo em que se postule uma decisão contrária à declaração emitida pelo Supremo Tribunal Federal nem produzir validamente ato normativo em sentido contrário àquela decisão" (SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo, p. 60-61).

Assim, o efeito vinculante *transcende* a parte dispositiva da decisão – que, conforme visto, possui apenas o condão de impedir que a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade venha a ser novamente apreciada pelo Supremo Tribunal Federal por meio da provocação emanada de qualquer outro jurisdicionado – e atinge também a sua *ratio decidendi*, cuja observância passa a ser obrigatória. Portanto, é possível descortinar que o objeto do efeito vinculante alcança os fundamentos determinantes do julgado ou, por assim dizer, a *ratio decidendi*⁹⁸⁶ subjacente ao julgado⁹⁸⁷.

Forçoso registrar, por outro lado, que a interpretação preconizada esbarra em inúmeras vozes discrepantes, de sorte que a extensão do efeito vinculante para além da parte dispositiva da decisão constitucional, vale dizer, para fins de englobar

⁹⁸⁵ Neste sentido, Ives Gandra da Silva MARTINS e Gilmar Ferreira MENDES afirmam “que a limitação do efeito vinculante à parte dispositiva da decisão tornaria de todo despiciendo esse instituto, uma vez que ele pouco acrescentaria aos institutos da coisa julgada e da *força da lei*. Ademais tal redução diminuiria significativamente a contribuição do Tribunal para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional. Aceita ideia de uma eficácia transcendente à própria coisa julgada, afigura-se legítimo indagar sobre o significado do *efeito vinculante* para os órgãos estatais que não são partes do processo” (Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n.º 9.868, de 10-11-1999, Ives Gandra da Silva MARTINS e Gilmar Ferreira MENDES, p. 600-601).

⁹⁸⁶ Eduardo APPIO aponta que existem quatro instrumentos para a compreensão do sistema americano do *stare decisis*, vale dizer, a *ratio decidendi* (*holding*), o *obiter dictum*, o *distinguishing* e o *overruling*. Ao definir tais categorias, o autor afirma que: “A *ratio decidendi* é a razão determinante para o julgado, ou seja, o motivo da decisão judicial. No sistema norte-americano, o juiz tem a liberdade de se utilizar dos precedentes como sua *ratio decidendi*, ou seja, os precedentes são fonte formal e material de Direito. É a *ratio decidendi* que se torna vinculante para os demais juizes e para as partes. Se através do *distinguishing* ou do *overruling* o juiz não encontra uma forma de aplicar decisões anteriores acerca do tema, existe uma importante margem de liberdade para extrair do ordenamento como um todo, o princípio a partir do qual irá decidir aquele caso concreto (poder de criação). Esta *ratio* passa a ser o motivo determinante da decisão e se torna abstrata a ponto de permitir sua aplicação por outros juizes no futuro” (APPIO, Eduardo. Controle difuso de constitucionalidade, p. 59). No mesmo sentido, Fredie DIDIER JR., Paula Sarno BRAGA e Rafael OLIVEIRA apontam que “a *ratio decidendi* – ou, para os norte-americanos, a *holding* – são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi; trata-se da tese jurídica acolhida pelo órgão julgador no caso concreto. ‘A *ratio decidendi*’ (...) constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*)’. Ela é composta: (i) da indicação dos fatos relevantes da causa (*statement of material facts*), (ii) do raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*) e (iii) do juízo decisório (*judgement*)” (DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, e OLIVEIRA, Rafael. Ob. Cit., p. 381).

⁹⁸⁷ “Sabe-se que a parte dispositiva cuida apenas e tão-somente de expressar o resultado decisório da ação, definindo, no caso de conhecimento da ação de constitucionalidade, se o ato questionado – e apenas ele – é constitucional ou inconstitucional. Eventual identidade de atos, quando ao suposto vício de inconstitucionalidade apontado, somente pode ser detectada a partir da *ratio decidendi* que fundamenta a decisão. Significa dizer que o efeito de impor a eliminação de atos normativos de igual conteúdo e a vedação de reiteração material do ato inconstitucional somente pode ser aferido mediante o cotejo desses outros atos com os fundamentos determinantes da decisão, e não com a sua parte dispositiva” (LEAL, Roger Stiefelmann. Ob. Cit., p. 151).

os seus motivos ou fundamentos determinantes⁹⁸⁸, não é questão pacífica. De acordo com Regina Maria Macedo Nery FERRARI, o efeito vinculante presente na jurisdição constitucional nacional está adstrito ao comando dispositivo da decisão, não alcançando os motivos ou fundamentos determinantes da mesma⁹⁸⁹. Nessa mesma linha, Oswaldo Luis PALU afirma que o efeito vinculante alcança somente a parte dispositiva da decisão⁹⁹⁰, não abarcando os motivos fáticos e jurídicos da decisão. Da mesma forma, Lênio Luiz STRECK afasta a vinculação a partir dos motivos determinantes das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, remetendo o leitor às diferenciações sustentadas entre o sistema romano-germânico e o modelo da *commom law*⁹⁹¹.

Contudo, nada obstante a respeitabilidade dos argumentos colacionados, impõe-se a defesa de que a Emenda n.º 45/2004 também está a exigir uma revisão desses entendimentos, pois, com a veiculação do art. 103-A da Constituição e implantação do mecanismo das súmulas vinculantes, não há como defender uma diferença *ontológica* e de gradação entre o efeito vinculante advindo do art. 102, § 2º, da Constituição e o efeito vinculante extraído do comando sumular. Ora, conforme explicitado por Roger S. LEAL, “a *ratio decidendi* do verbete sumular - objeto da vinculação - alcança, na hipótese, os princípios e interpretações asseverados na motivação dos reiterados julgados que embasaram a sua edição.

⁹⁸⁸ De acordo com Tânia Aoki CARNEIRO, “nas ações de fiscalização abstrata de constitucionalidade regidas pela Constituição Federal de 1988, o efeito vinculante abrange tanto o dispositivo das decisões quanto os fundamentos que levaram a Cort Suprema a declarar a (in)constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo” (CARNEIRO, Tânia Aoki. Ob. Cit., p. 195).

⁹⁸⁹ “A Emenda Constitucional 3 conferiu efeito vinculante apenas às decisões de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal, nas ações declaratórias de constitucionalidade, e, neste momento, é oportuno observar que tal efeito está afeto apenas à parte dispositiva da decisão, e não aos seus fundamentos ou motivos determinantes” (FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 254).

⁹⁹⁰ “... somente o *dispositivo* da decisão será vinculante, sendo que os motivos fáticos e jurídicos da decisão, ao contrário do sistema do *stare decisis* – oriundo de um caso concreto – não vinculam” (PALU, Oswaldo Luiz. Ob. Cit., p. 229).

⁹⁹¹ “De acrescentar que, no confronto da discussão sobre o efeito vinculante e da força obrigatória geral de decisão que declara a inconstitucionalidade de um texto normativo, parece razoável sustentar que não adquire importância a motivação utilizada pelo Tribunal para expungir o texto do sistema. Para esse propósito, remeto o leitor à discussão acerca das peculiaridades do sistema romano-germânico em relação aos do *commow law*, que se utiliza dos precedentes, exatamente por não possuir mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade” (STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, p. 611).

Em outras palavras: os fundamentos determinantes das súmulas são os fundamentos determinantes dos precedentes que lhes deram origem”⁹⁹². Não se trata, registre-se, de mero jogo de palavras ou preocupação retórica, pois, diante da edição da súmula vinculante n.º 02⁹⁹³ já se pôs em discussão a legalidade dos “jogos de loteria” explorados pelos Estados, sob os auspícios da regra do art. 22, XX e § único, da Constituição Federal. O mesmo ocorre no tocante à situação da súmula vinculante n.º 13⁹⁹⁴, envolvendo o tema do nepotismo, situações estas que, diga-se de passagem, diante da dificuldade intrínseca à redação de verbete sumular, estão a recomendar não só a observância do enunciado da súmula vinculante, mas também as condições e circunstâncias que recomendaram a sua edição. Ainda que se diga que a edição das súmulas vinculantes está adstrita “a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas” (CF, art. 103-A, § 1º), tudo está a recomendar que se ponham em evidência os fundamentos determinantes que culminaram na edição desta⁹⁹⁵.

Além disso, a expansão do efeito vinculante também deverá ser cotejada com a teorização envolvendo as relações jurídicas instantâneas, continuadas ou sucessivas⁹⁹⁶. Por isso, Teori Albino ZAVASCKI aponta que as mudanças do estado

⁹⁹² LEAL, Roger Stiefelmann. Ob. Cit., p. 177.

⁹⁹³ “É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias”.

⁹⁹⁴ “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta, em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

⁹⁹⁵ Compartilha deste entendimento Cassiano Luiz IURK: “Para a correta observância das súmulas do Supremo Tribunal Federal, no tocante ao efeito vinculativo, deve-se observar não apenas os estritos termos do enunciado, mas também os motivos determinantes que o originaram (ratio decidendi dos precedentes), para que então se tenha efetivamente o entendimento sumulado como elemento balizador dos atos administrativos e das decisões judiciais” (IURK, Cassiano Luiz. **Coisa julgada e súmula vinculante: inter-relações entre o clássico e o novo**. Curitiba: JM Livraria, 2008. p. 80).

⁹⁹⁶ “Considerando a natureza permanente ou sucessiva de certas relações jurídicas, põem-se duas espécies de questões: primeira, a dos limites objetivos da coisa julgada, que consiste em saber se a eficácia vinculante do pronunciamento judicial abarca também (a) o desdobramento futuro da relação jurídica permanente, (b) as reiteraões futuras das relações sucessivas e (c) os efeitos futuros das relações instantâneas. A resposta positiva à primeira questão suscita a segunda: a dos limites temporais da coisa julgada, que consiste em saber se o comando sentencial, emitido em certo momento, permanecerá inalterado indefinidamente, mesmo quando houver alteração no estado de fato ou de direito” (ZAVASCKI, Teori Albino. Ob. Cit., p. 83).

de direito, a revogação ou a derrogação de leis objeto do controle de constitucionalidade e ainda o advento de preceitos normativos em matéria constitucional permite, sob certas condições, que a eficácia vinculante esteja submetida à cláusula *rebus sic stantibus*⁹⁹⁷. Da mesma forma, Teori Albino ZAVASCKI ainda defende que no caso de conflito entre a decisão constitucional, *universalizada* pela Resolução Senatorial (CF, art. 52, X), e o comando sentencial abarcado pela coisa julgada em casos isolados, deve prevalecer a autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal⁹⁹⁸.

Por derradeiro, é de se frisar que as hipóteses concretas, abarcadas e canceladas pelo manto da coisa julgada deverão estar salvaguardadas de quaisquer outras mudanças *interpretativas*, de sorte que a expansão do efeito vinculante deverá projetar-se para casos futuros e(ou) para as hipóteses pendentes de julgamento, ainda não alcançadas pelo signo da coisa julgada material. Tudo isso

⁹⁹⁷ "Transitada em julgado, a sentença também nesses casos, terá sua eficácia vinculante submetida à cláusula *rebus sic stantibus*, a significar que a relação jurídica certificada, se de trato continuado no tempo, poderá deixar de existir ou ser modificada por força de superveniente alteração no estado de direito. Ou vice-versa: poderá passar a existir, por força de norma superveniente, a relação jurídica que a sentença anterior declarou inexistente. São situações corriqueiras de mudança do estado de direito a revogação ou a derrogação das leis objeto do controle de constitucionalidade e o advento de novos preceitos normativos, inclusive os de natureza constitucional" (ZAVASCKI. Teori Albino. Ob. Cit., p. 92).

⁹⁹⁸ "Estabelecidos estes pressupostos, ficam mais compreensíveis as consequências, para as sentenças que versam sobre relações jurídicas de trato continuado, decorrentes do advento de Resolução do Senado, suspendendo a execução de norma que, no caso concreto, foi aplicada pelo juiz. O que muda, com a Resolução, já se disse, não é o estado da norma em si, mas o estado do direito, que ganha, como elemento novo, o efeito vinculante erga omnes do reconhecimento da inconstitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal. A partir dessa inovação, estabelece-se, na situação agora examinada, um conflito entre a *força vinculante* da sentença do caso concreto e a *força, também vinculante*, da decisão do Supremo, universalizada pela Resolução do Senado. Qual delas deve prevalecer? Para sustentar a prevalência da força vinculativa da sentença anterior, pode-se invocar o princípio constitucional da coisa julgada. Todavia, o argumento se mostra frágil e insuficiente quando contraposto aos que operam em sentido contrário. Com efeito, também a Resolução do Senado parte de uma decisão definitiva com trânsito em julgado, proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Ademais, o princípio da coisa julgada não é absoluto. (...) Assim, no âmbito do conflito aqui examinado, a coisa julgada formada no caso concreto deve ser harmonizada com os demais princípios e valores consagrados na Constituição. Ora, militam em favor da prevalência da força vinculante da Resolução dois princípios constitucionais, pelo menos: o da autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal, que lhe deu suporte, e o da igualdade de todos perante a lei, especialmente a lei constitucional. Não teria sentido, por exemplo, invocar a coisa julgada para exigir que determinado cidadão continue pagando um tributo a que foi condenado em demanda particular, quando todos os demais estão desobrigados de fazê-lo porque o Senado, com base em decisão do Supremo, suspendeu, com eficácia *erga omnes*, a execução da lei criadora da exação fiscal" (ZAVASCKI, Teori Albino. Ob. Cit., p. 96-97).

corroborar a necessidade de suplantar o raciocínio reducionista que compreende a vinculação ao comando dispositivo da decisão constitucional.

3.6.2. Limites subjetivos da decisão constitucional e o efeito vinculante.

A definição dos destinatários do efeito vinculante e dos reflexos decorrentes do controle de constitucionalidade também não deixa de despertar controvérsias, exigindo particular atenção no tocante à sustentação da tese versada no presente trabalho. Com efeito, até o advento da Emenda n.º 45/2004, a Constituição Federal contemplava apenas o efeito vinculante em relação às decisões de mérito proferidas no curso de ação declaratória de constitucionalidade. Repise-se que, de acordo com a redação conferida ao art. 102, § 2º, da Constituição Federal, pela EC n.º 03/1993, as decisões de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no curso de ação declaratória de constitucionalidade produziram efeitos em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e ainda perante o Poder Executivo.

Por outro lado, a Lei n.º 9.868/1999 contemplou ainda o efeito vinculante para as ações diretas de inconstitucionalidade, com projeções para o Poder Judiciário e para a Administração Pública, direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. No tocante à arguição de descumprimento de preceito fundamental, a Lei n.º 9.882/1992 impôs o efeito vinculante em relação aos demais *órgãos do Poder Público*⁹⁹⁹.

Entretanto, conforme já assentado no 1º capítulo deste trabalho, a EC n.º 45/2004 tratou de uniformizar os padrões contemplados em matéria de efeito vinculante, passando a contemplar a sua incidência em relação aos demais órgãos

⁹⁹⁹ “Conforme o § 3º do art. 10, a decisão terá eficácia *erga omnes* e efeito vinculante relativamente aos órgãos do Poder Público. Enquanto a primeira implica no alijamento da lei do sistema jurídico, o segundo, além de evitar a reiteração da conduta indevida, retrata a obrigação dos órgãos administrativos, legislativos e judiciais, de, no futuro, modelarem sua atuação em casos idênticos de conformidade com o decidido pelo Supremo Tribunal Federal” (NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Ob. Cit., p. 116).

do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal¹⁰⁰⁰.

De qualquer sorte, parece oportuno concluir que o efeito vinculante não deflui da natureza intrínseca do controle de constitucionalidade, razão pela qual impõe-se a observância do conjunto normativo. Assim, retomando aspectos que já foram mencionados nos tópicos antecedentes, um dos principais fatores de questionamento quanto ao alcance e projeção do efeito vinculante diz respeito ao alcance deste em relação ao Poder Legislativo, notadamente nas hipóteses de procedência de ação direta de inconstitucionalidade ou, reflexamente, de improcedência da ação declaratória de constitucionalidade, pois tais situações revelam incompatibilidade do ato normativo inquinado com o texto da Constituição. A questão pautada é limitada a essas duas possibilidades, pois, no caso de emprego das demais técnicas atinentes ao controle de constitucionalidade, vale dizer, emprego da interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, tem-se que estas não comprometem a aplicação do ato normativo discutido. Logo, o problema está em discutir se, nas hipóteses mencionadas, está o Poder Legislativo proibido de editar outra norma com idêntico sentido.

CANOTILHO defende que o legislador ordinário não está autorizado a reeditar nova lei com conteúdo idêntico ao daquela que foi declarada inconstitucional pela

¹⁰⁰⁰ “Com a Emenda Constitucional n.º 45/2004, todavia, foi profundamente alterado o nível de sujeição do Poder Executivo aos fundamentos determinantes das decisões de mérito proclamadas em ação declaratória de constitucionalidade. A substituição da expressão *Poder Executivo* por *Administração direta e indireta* revela significativa mudança no critério de delimitação conceitual do destinatário. A vinculação volta-se apenas ao exercício da função administrativa, não alcançando o *Poder Executivo* como um todo. Na prática, a atividade legislativa desenvolvida pelo *Poder Executivo* fica liberada de observar a *ratio decidendi* dos julgamentos proferidos em ação declaratória de constitucionalidade” (LEAL, Roger Stiefelmann. Ob. Cit., p. 156).

Corte Constitucional¹⁰⁰¹. Tal vinculação, contudo, deixa de existir acaso mude o contexto constitucional que levou à declaração da inconstitucionalidade, ou seja, acaso uma lei constitucional – no caso, uma Emenda – venha constitucionalizar a disciplina ou regime jurídico anteriormente considerado inconstitucional.

Entretanto, o sistema brasileiro de jurisdição constitucional não seguiu os parâmetros sugeridos por CANOTILHO. É dizer, no Brasil, o Poder Legislativo pode editar nova norma com conteúdo idêntico àquela declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, não cabendo reclamação para resguardar a autoridade de sua decisão¹⁰⁰². De acordo com Roger S. LEAL, ao contrário do que ocorre em outros países, o “Poder Legislativo não está obrigado, segundo o ordenamento brasileiro, a observar a *ratio decidendi* que fundamenta as decisões proferidas em sede de controle principal de constitucionalidade”¹⁰⁰³.

É dizer, no Brasil, ao Poder Legislativo é permitido afastar a interpretação e os fundamentos deduzidos pelo Supremo Tribunal Federal em controle abstrato de

¹⁰⁰¹ “A declaração da inconstitucionalidade com força obrigatória geral **significa a vinculação do próprio legislador à decisão do TC**: ele não pode reeditar normas julgadas inconstitucionais pelo TC. Também lhe é vedado vir neutralizar ou contrariar a declaração de inconstitucionalidade (ou de ilegalidade) através da convalidação retroactiva, por acto legislativo, de actos administrativos praticados com base numa norma declarada inconstitucional sem restrição de efeitos. O legislador não pode constitucionalizar através de lei o que é inconstitucional e como tal foi declarado pelo TC. Daí a existência de um limite negativo geral vinculativo do legislador: proibição de reprodução, através de lei, da norma declarada inconstitucional. Este limite negativo resulta do princípio da constitucionalidade e, como tal, é um limite jurídico-constitucional e não um limite político-constitucional. Neste sentido se diz que a relação bilateral Constituição-lei se transforma numa relação trilateral – Constituição-sentença-lei – em que o parâmetro positivo da Constituição é mediado pela declaração judicial da inconstitucionalidade. A proibição abrange os casos de recuperação do conteúdo da lei declarada ilegal embora com nova formulação” (CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição, p. 1.010-1.011).

¹⁰⁰² O Supremo Tribunal Federal decidiu na ADIN n.º 1.850-8/RS que jamais se pretendeu “estender a eficácia da declaração de inconstitucionalidade de uma lei ao Poder Legislativo, de modo a inibi-lo da edição de diploma legal similar: em tal caso – já decidiu o Tribunal (Recl. 864, 23.6.93, Moreira Alves) – o caminho é precisamente, como sucede na espécie, a propositura de ação direta de inconstitucionalidade da lei nova e, não, a reclamação”.

¹⁰⁰³ LEAL, Roger Stiefelmann. Ob. Cit., p. 159/160.

constitucionalidade¹⁰⁰⁴, com a aprovação de emenda constitucional superadora da inconstitucionalidade reconhecida pela Corte Constitucional. São exemplos desta hipótese de edição de emenda adequadora da pronúncia de inconstitucionalidade aquelas normas constitucionais advindas da EC n.º 29/2000 (relativa à admissibilidade do IPTU “progressivo”¹⁰⁰⁵) e ainda aquelas instituídas pela EC n.º 39/2002 (relativamente à cobrança de contribuição para custeio de iluminação pública¹⁰⁰⁶). Aliás, cogita-se até mesmo da possibilidade de reiteração dos preceitos normativos materialmente semelhantes a outros declarados inconstitucionais. Apesar disso, muito embora não se possa cogitar de vinculação do legislador¹⁰⁰⁷, é de todo recomendável o respeito aos termos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, com a abstenção da edição de novo ato normativo com conteúdo materialmente idêntico ao que foi objeto da declaração de inconstitucionalidade, na esteira das ideias que foram antes assentadas.

A afirmação do efeito vinculante no controle difuso, entretanto, é fenômeno presente na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, foi mencionado o caso paradigmático resultante da Reclamação n.º 4.335-5/AC, no qual o relator, Min. Gilmar MENDES defendeu a extensão do efeito vinculante para as

¹⁰⁰⁴ “Salvo em relação às matérias protegidas por cláusulas pétreas, a última palavra acerca de qual deve ser o direito constitucional positivo em dado momento é do Congresso Nacional, no exercício de seu poder constituinte derivado. De fato, discordando o Poder Legislativo da inteligência dada pelo Supremo Tribunal Federal a uma norma constitucional, poderá sempre emendá-la desde que seja capaz preencher quorum de três quintos dos membros de cada casa, observando os demais requisitos do processo legislativo próprio (CF, art. 60 e parágrafos). Há precedentes, tanto no direito comparado como na experiência brasileira, nos quais emendas foram aprovadas para alterar interpretações estabelecidas pela Suprema Corte” (BARROSO, Luis Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 69).

¹⁰⁰⁵ “Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: (...) § 1º. Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II, o imposto previsto no inciso I poderá: I – ser progressivo em razão do valor do imóvel; II – ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel”.

¹⁰⁰⁶ “Art. 149-A. Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III”.

¹⁰⁰⁷ Conforme realçado por Roberto DEL CLARO, na experiência do Tribunal Constitucional alemão, não há vinculação do legislador: “Numa visão anterior, prevaleceu no BVerfG a tese da ‘proibição de repetição’ (*Wiederholungsverbot*) da legislação já declarada inconstitucional. Porém, numa correta redefinição, percebeu o Tribunal que tal concepção é incompatível com o princípio democrático. Não existe um único intérprete da constituição e não é dado a nenhum órgão dar a última palavra na interpretação constitucional” (DEL CLARO, Roberto. Ob. Cit., p. 177).

decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade, com substrato na ideia de mutação constitucional que resultou na alteração de sentido do artigo 52, X, da Constituição Federal. Acompanhando a posição de CANOTILHO e indo um pouco mais além, o Ministro Eros Roberto GRAU defendeu que o próprio Poder Legislativo estaria proibido de reeditar o ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal¹⁰⁰⁸.

Outro questionamento reflexo diz respeito à vinculação do próprio Supremo Tribunal Federal na reapreciação das matérias já decididas. Com efeito, por força dos postulados até então defendidos, tem-se que é possível submeter as questões já decididas à nova apreciação do STF¹⁰⁰⁹, notadamente quando se tratar de

¹⁰⁰⁸ Nesse ponto, assim manifestou-se o Ministro Eros Roberto GRAU: “Ainda, uma outra indagação será neste passo proposta: poderia o Poder Legislativo, no que tange à decisão a que respeita a Reclamação n.º 4.335-5, legislar para conferir à Constituição interpretação diversa da definida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n.º 82.959, quando considerou inconstitucional o artigo 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/1990 [a chamada Lei dos crimes hediondos]? Entendo que não”.

¹⁰⁰⁹ Ao enfrentar o tema do efeito vinculante e a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal retomar a reflexão acerca dos fundamentos da decisão anterior exarada em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, Edilson Pereira NOBRE JUNIOR defende que não há óbice quanto à alteração do posicionamento anterior: “Quanto ao Pretório Excelso, imperiosa a ressalva de que o efeito vinculante goza de foros de maior relatividade, porquanto não se descarta a possibilidade de, posteriormente, aquele vir a alterar posicionamento anterior, quer em virtude de uma justificada reflexão sobre os fundamentos de decisão anterior, quer em razão de ponderável mudança das circunstâncias fáticas que respaldaram o julgado. A concepção de interpretação aberta do texto constitucional impõe uma constante atualização do sentido dos seus princípios e regras. Admitir-se o oposto seria o mesmo que negar à Constituição o caráter de *living document*, cujo significado está sujeito a permanente evolução” (NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Ob. Cit., p. 116).

assunto com projeções em atos normativos similares. Por óbvio, o Supremo Tribunal Federal não é refém de seus próprios posicionamentos¹⁰¹⁰.

Em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, a questão comporta enfrentamento a partir do exame da prevalência da *ratio decidendi*, razão pela qual impõe-se a observância da solução interpretativa apregoada pelo Supremo Tribunal Federal¹⁰¹¹.

Questão mais complexa a ser examinada nesse quadrante diz respeito à observância da eficácia vinculante na seara do processo arbitral (Lei n.º 9.307/1996). Na esteira do que se defende no curso do presente trabalho, é preciso aceitar que, por vezes, a discussão envolvendo determinada questão constitucional poderá guardar conexão estreita com a matéria submetida ao procedimento arbitral (objeto

¹⁰¹⁰ Interessante, para fins de embasamento da presente conclusão, é o estudo de caso envolvendo o problema do asbesto (fibra de origem mineral que, por processo natural de recristalização transforma-se em material fibroso). O amianto, conforme demonstrado por estudos científicos, é dotado de alto potencial cancerígeno. Assim, de acordo com o estudo empreendido por Damares MEDINA, "o tema acerca da constitucionalidade de lei estadual que busca restringir o uso e exploração do amianto no âmbito da unidade federativa foi enfrentado em dois ciclos distintos: o primeiro compreendeu o julgamento das ADI 2.396 e 2.656; o segundo envolve o julgamento das ADI 3.355, 3.356, 3.357, 3.406, 3.470, 3.937 e ADPF 109 e, por fim, a ADI 4.066. (...) No primeiro ciclo, o julgamento das ADI 2.396 e 2.656 marca a primeira ocasião na qual a exploração do amianto foi objeto de julgamento no STF, em sede de controle concentrado de constitucionalidade. A partir da análise das informações disponíveis, verifica-se que as duas ações propostas, as informações apresentadas e o julgamento do STF tiveram como marco decisório o prisma federalista e o pacto federativo" (MEDINA, Damares. Ob. Cit., p. 138). Por sua vez, "o segundo ciclo é marcado por uma série de ADI (3.555, 3.356, 3.357, 3.406, 3.470 e 3.937) e a ADPF 109, totalizando sete ações, propostas coordenadamente pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI), com o objetivo de ver declaradas inconstitucionais as leis dos Estados do Rio de Janeiro, de Pernambuco, do Rio Grande do Sul e de São Paulo, todas normas estaduais (no caso da ADPF, municipal) que procuraram restringir o uso do amianto no âmbito de suas respectivas unidades federativas. Em linhas gerais, os fundamentos de inconstitucionalidade das normas lançadas nas iniciais das ADI não trazem nenhuma inovação com relação ao debate que já fora travado no primeiro ciclo" (MEDINA, Damares. Ob. Cit., p. 145). Ocorre que, com substrato na Convenção n.º 162 da OIT e de outros estudos científicos envolvendo as consequências nocivas do amianto, "outros atores sociais ingressaram no processo de controle concentrado de constitucionalidade, a fim de oferecer à Corte dados da realidade e perspectivas ainda não deduzidas em juízo. No conjunto de ações diretas e arguição que compõem esse segundo ciclo, intervieram os seguintes *amici*: a Associação Brasileira dos Expostos ao Amianto (ABREA), o Instituto Brasileiro do Crisotila e a Associação Brasileira das Indústrias e Distribuidores de Produtos de Fibrocimento (ABIFIBRO)" (MEDINA, Damares. Ob. Cit., p. 147). O resultado, até então verificado, sinalizou com uma tendência de reconhecer a constitucionalidade dos diplomas estaduais que restringem o comércio de produtos com fibrocimento, em prol da saúde dos trabalhadores expostos.

¹⁰¹¹ "No exercício da atividade jurisdicional, os demais órgãos do Poder Judiciário, ainda que inaplicável ao caso sub judice o ato normativo apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, deverão observar, em face do efeito vinculante, a solução interpretativa por ele firmada. Assim, declarado inconstitucional diploma legal em sede de controle abstrato, os demais instrumentos substancialmente idênticos, por ocasião de sua aplicação em processo judicial ordinário, deverão receber *incidenter tantum* o mesmo juízo de desvalor" (LEAL, Roger Stiefelmann. Ob. Cit., p. 157/158).

da lide arbitral). Cabe exemplificar tal discussão com hipótese envolvendo contrato de compra e venda mercantil, com a existência de cláusula contratual prevendo a equação de formação de preço dos produtos vendidos, atrelada à carga tributária incidente à espécie. Ao firmarem tal contrato mercantil, os contratantes podem ter feito opção pela cláusula *compromissória* e, posteriormente, podem se deparar com a imposição de nova exação fiscal e(ou) declaração de inconstitucionalidade de determinado tributo incidente ao negócio pactuado, com o consequente litígio daí decorrente. Nessas hipóteses, apesar de se reconhecer que o árbitro não integra o Poder Judiciário, a discussão deverá estar pautada pelo critério de julgamento que venha a ser adotado na via arbitral. Ou seja, caso os contendores façam opção pelo juízo de *equidade*, não é crível que o árbitro venha a ficar atrelado aos fundamentos determinantes da decisão constitucional exarada no controle (difuso ou concreto) de constitucionalidade.

3.7. A não-observância do efeito vinculante.

3.7.1. Os contornos da reclamação constitucional.

A expansão do efeito vinculante para a seara do controle difuso acarreta, por via de consequência, a discussão envolvendo os mecanismos processuais que possam vir a ser manejados no caso de inobservância do entendimento (*ratio decidendi*) firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

Desse modo, “a sanção ao comportamento recalcitrante é a decorrência prática mais evidente do efeito vinculante na jurisdição constitucional brasileira”¹⁰¹², permitindo o manuseio da *reclamação constitucional*¹⁰¹³ a ser ajuizada perante o Tribunal responsável pela decisão violada.

Como é de se observar, a reclamação surgiu, no direito brasileiro, embasada na teoria dos poderes *implícitos* (oriunda do constitucionalismo norte-americano), visando resguardar a eficácia dos pronunciamentos judiciais do STF¹⁰¹⁴ e, posteriormente, restou incorporada na seara do STJ.

¹⁰¹² LEAL, Roger Stiefelmann. Ob. Cit., p. 165.

¹⁰¹³ Com efeito, Teori Albino ZAVASCKI endossa o raciocínio que o cabimento da reclamação pode ser considerado a nota distintiva entre o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes*: “Há dificuldade em estabelecer, com precisão, o que é efeito vinculante e o que o diferencia da eficácia *erga omnes*. É que, conforme anotou o Ministro Moreira Alves, ‘a eficácia contra todos ou *erga omnes* já significa que todos os juízes e tribunais, inclusive o Supremo Tribunal Federal, estão vinculados ao pronunciamento judicial’. Nos países da Europa em que tais institutos são adotados, considera-se o efeito vinculante uma qualidade da sentença que vai além das suas eficácias comuns (*erga omnes*, coisa julgada, efeito preclusivo), ‘uma peculiar força obrigatória geral’, uma ‘qualificada força de precedente’, variável em cada sistema, extensivo, em alguns deles, ao próprio legislador. É esse o sentido que melhor se adapta ao sistema brasileiro: o efeito vinculante confere ao julgado uma força obrigatória qualificada, com a consequência processual de assegurar, em caso de recalcitrância dos destinatários, a utilização de um mecanismo executivo – a reclamação – para impor o seu cumprimento” (ZAVASCKI, Teori Albino. Ob. Cit., p. 51).

¹⁰¹⁴ “No Supremo Tribunal Federal, também, recentemente, sob o nome de reclamação, foi introduzida a correção parcial com a finalidade precípua de coibir a interferência da justiça local em suas decisões” (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **A correção parcial**. Curitiba: Editora Litero-Técnica, 1958. p. 108).

Muito já se cogitou em relação à natureza jurídica da *reclamação*¹⁰¹⁵. Ulisses VIANA defende que “a natureza da reclamação não é de uma ação, nem de recurso, nem de incidente processual, mas sim uma expressão ou manifestação do direito de petição (alínea a do inciso XXXIV do art. 5º da Constituição de 1988), conforme já acentuou o Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.212/CE”¹⁰¹⁶. Mas ainda aqui cabe equipará-la à condição de *ação*, entendimento este que “vem se firmando nos últimos tempos, tendo em vista o atual contexto político (também, social e econômico) e a estrutura jurídico-normativa vigente, em que a reclamação foi alçada ao nível constitucional, com expressa previsão na Carta Política”¹⁰¹⁷. Trata-se, portanto, para os fins que interessam ao presente trabalho, de

¹⁰¹⁵ Leonardo Lins MORATO, em estudo detalhado acerca do assunto, ressaltou que: “Há outros vários posicionamentos a respeito da natureza jurídica da reclamação: para Orozimbo Nonato, remédio incomum; para Moniz de Aragão, incidente processual; para Frederico Marques, medida de desdobramento das atribuições jurisdicionais conferidas ao Supremo e ao STJ; para Ada Pellegrini Grinover, garantia especial, decorrente do direito de representação e de petição, baseando-se na opinião do Min. Nelson Hungria; para Dinamarco, remédio processual. Houve quem afirmasse o que a reclamação não é, como o fez Dinamarco, dizendo não se tratar de recurso; também, no mesmo sentido, Ovídio Baptista e Nelson Nery Jr.. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, por sua vez, enalteceu a sua dúvida, como ocorreu em muitos outros, ao dizer que ‘trata-se de instituto complexo, cujo perfil transparece do texto em exame [no caso, a Constituição]. Em face da legislação infraconstitucional (Lei 8.038/90, arts. 13 a 18), apresenta semelhanças com os writs, especialmente com o mandado de segurança. Não deixa, porém, de ter uma feição de recurso” (MORATO, Leonardo Lins. *A reclamação e a sua finalidade para impor o respeito à súmula vinculante. In Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n.º 45/2004* / Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier ... [et. al.], São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 394-395).

¹⁰¹⁶ VIANA, Ulisses Schwarz. Ob. Cit., p. 26.

¹⁰¹⁷ MORATO, Leonardo Lins. Obra citada. p. 395.

ação constitucional voltada à preservação da competência do Supremo Tribunal Federal¹⁰¹⁸.

De acordo com o art. 17 da Lei n.º 8.038/1990, a procedência da reclamação resultará na cassação da decisão desconforme. O seu cabimento dar-se-á tanto nas hipóteses de não-aplicação do comando vinculante, como nos casos de aplicação equivocada (juízo de subsunção equivocado).

3.7.2. O cabimento da reclamação e dos demais meios impugnativos.

Como é cediço, na via do modelo abstrato de constitucionalidade, os atos supervenientes contrários à sentença constitucional estão sujeitos ao controle pelas vias ordinárias, permitindo o manuseio da reclamação¹⁰¹⁹. Ao se cogitar dos atos *supervenientes*, deve-se firmar posição no sentido de que o efeito vinculante projeta seu alcance *após* a prolação da sentença constitucional. Com efeito, o termo *a quo* do efeito vinculante é marcado pelo advento da *publicização* da *decisão constitucional*, ou seja, tem-se aí a eficácia *ex tunc*¹⁰²⁰ capaz de inibir situações

¹⁰¹⁸ Luiz Guilherme MARINONI e Daniel MITIDIERO, ao analisar o tema, identificaram a origem do instituto, classificando-o a partir das fases ou momentos de seu emprego: "No que agora nos interessa, a reclamação é uma ação constitucional que visa à preservação da competência do Supremo Tribunal Federal (art. 102 I, I, da CF). Em suas origens mais remotas, aflora da *supplicatio* do período da *cognitio extra ordinem* do direito romano e das *sopricações*, *querimas* ou *querimônias* do antigo direito português. Quanto ao direito luso-brasileiro mais recente, tem símile no agravo de ordenação não guardada (Ordenações Filipinas, Livro III, Título XX, § 46, e Livro I, Título V, § 4º) e no agravo por dano irreparável (Regulamento 737 de 1850, art. 669, § 15). Pode-se separar, em nossa história recente, o estudo da reclamação em quatro fases bem distintas: a) a primeira vai da criação do Supremo Tribunal Federal até 1957; b) a segunda começa em 1957, com a inserção da reclamação no Regimento Interno do Supremo e estende-se até 1967; c) a terceira vai da Constituição de 1967, art. 115, parágrafo único, c, reproduzido pela EC 1 de 1969, art. 120, parágrafo único, c, destacando-se posteriormente a disposição contida no art. 119, § 3º, por obra da EC 7 de 1977, que autorizava o Regimento Interno do Supremo a estabelecer o processo e julgamento dos feitos de sua competência originária e da arguição de relevância de questão federal e d) a quarta fase, que inicia com a Constituição de 1988 e os arts. 102, I, I e 105, I, f, em que se alude expressamente à reclamação. Passou-se da construção jurisprudencial do primeiro período, baseada principalmente na teoria dos poderes implícitos, à expressa previsão constitucional do instituto, tal a importância que veio a receber de nosso sistema jurídico" (MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*, p. 43-44).

¹⁰¹⁹ "Ou seja, a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do preceito normativo, afirmada pelo Supremo, já não mais poderá ser questionada no caso concreto, devendo a norma ser aplicada ou não, segundo o que já foi por ele decidido. Quaisquer ato ou omissão praticados depois da decisão da Corte Suprema, contrários a ela, detêm, contudo, uma ofensa em grau mais elevado: a da desobediência ao comando vinculante da sentença, dando ensejo, em certas circunstâncias, à ação de reclamação" (ZAVASCKI, Teori Albino. *Ob. Cit.*, p. 57).

¹⁰²⁰ Ao comentar a questão atinente ao termo *a quo* do efeito vinculante, Teori Albino ZAVASCKI preleciona que "tal efeito não decorre da *validade* ou *invalidade* da norma apreciada (= eficácia material), mas da sentença que a aprecia (=eficácia processual). O efeito vinculante é também *ex*

futuras. Não há que se confundir tal hipótese com o regramento imposto pela Resolução Senatorial do art. 52, X, da Constituição da República, pois nada obsta que a supressão da regra inconstitucional venha a ser marcada pelo signo da retroatividade¹⁰²¹.

No caso específico do presente estudo, ao se advogar em prol da expansão do efeito vinculante para a seara do controle difuso, pode-se cogitar, em igual medida, pela possibilidade de uso e manuseio da reclamação¹⁰²² como remédio hábil a sustar os efeitos dos pronunciamentos contrários à decisão constitucional¹⁰²³, de acordo com os seus fundamentos determinantes.

Forçoso reconhecer que o cabimento da reclamação constitucional para preservar os fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) da decisão proferida em controle abstrato já foi admitido pelo Supremo Tribunal Federal, em determinadas situações específicas. Com efeito, ao se consultar o teor do voto do Min. Maurício

tunc, mas seu termo inicial se desencadeia com a *sentença* que declarou a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade, e não com o início da *vigência da norma* examinada. Pode-se situar, como termo inicial do efeito vinculante, nesses casos, a data da publicação do acórdão do Supremo no Diário Oficial (art. 28 da Lei 9.868, de 10.11.1999)" (ZAVASCKI, Teori Albino. Ob. Cit., p. 55).

¹⁰²¹ Ao se referir à resolução senatorial do art. 52, X, da CF, Eduardo TALAMINI afirma que "‘suspender’, nesse dispositivo, tem o sentido de providência definitiva e não provisória. É a própria supressão da regra do ordenamento. Pode ser retroativa (normalmente o será), não constituindo simples revogação daquele momento em diante" (TALAMINI, Eduardo. Coisa julgada e sua revisão, p. 447).

¹⁰²² Cabe registrar a opinião favorável de Fredie DIDIER JR. e Leonardo José Carneiro da CUNHA: "Tudo isso conduz a que se admita a ampliação do *cabimento da reclamação constitucional*, para abranger os casos de desobediência a decisões tomadas pelo *Pleno* do STF em *controle difuso de constitucionalidade*, independentemente da existência de enunciado sumular de eficácia vinculante. É certo, porém, que não há previsão expressa neste sentido (fala-se em reclamação por desrespeito a ‘súmula’ vinculante e a decisão em ação de controle concentrado de constitucionalidade). Mas a nova feição que vem assumindo o *controle difuso* de constitucionalidade, quando feito pelo STF permite que se faça essa interpretação extensiva, até mesmo como forma de evitar decisões contraditórias e acelerar o julgamento das demandas" (DIDIER JR., Fredie, e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Ob. Cit., p. 347).

¹⁰²³ Vale dizer, "esse é justamente o ponto de distinção normalmente apontado pela doutrina entre a eficácia erga omnes e o efeito vinculante: a possibilidade da parte interessada se valer da reclamação para compelir o Poder Judiciário ou a Administração Pública a cumprir a decisão do STF. O efeito vinculante teria, portanto, o condão de viabilizar a propositura de reclamação em caso de inobservância da declaração de (in)constitucionalidade" (CARNEIRO, Tânia Aoki. Ob. Cit., p. 192).

Correa, proferido no julgamento da Reclamação n.º 1.987-0/DF¹⁰²⁴ (DJ. 21.05.2004), é possível deduzir que os efeitos *transcendentes* do julgado proferido em controle abstrato foram utilizados para o julgamento de casos similares, como forma de preservar a autoridade do julgamento da Corte. O entendimento em questão foi observado ainda no julgamento da Reclamação de n.º 2.363/PA¹⁰²⁵.

O assunto comporta teorização consentânea com a jurisprudência praticada pelo Supremo Tribunal Federal em relação à inobservância das decisões exaradas no controle concentrado de constitucionalidade. Assim, é de se concluir que o

¹⁰²⁴ A referida decisão foi ementada da seguinte forma: "EMENTA: RECLAMAÇÃO. CABIMENTO. AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA NA ADI 1.662-SP. SEQUESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. PRECATÓRIO. VENCIMENTO DO PRAZO PARA PAGAMENTO. EMENDA CONSTITUCIONAL 30/00. PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Preliminar. Cabimento. Admissibilidade da reclamação contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que desafie a exegese constitucional consagrada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a ofensa se dê de forma oblíqua. 2. Ordem de seqüestro deferida em razão do vencimento do prazo de pagamento de precatório alimentar, com base nas modificações introduzidas pela Emenda Constitucional 30/2000. Decisão tida por violada – ADI 1662-SP, Maurício Corrêa, DJ de 19/09/2003: Prejudicialidade da ação rejeitada, tendo em vista que a superveniência da EC 30/00 não provocou alteração substancial na regra prevista no § 2º do artigo 100 da Constituição Federal. 3. Entendimento de que a única situação suficiente para motivar o seqüestro de verbas públicas destinadas à satisfação de dívidas judiciais alimentares é a relacionada à ocorrência de preterição da ordem de precedência, a essa não se equiparando o vencimento do prazo de pagamento ou a não-inclusão orçamentária. 4. Ausente a existência de preterição, que autorize o seqüestro, revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. **Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional.** 5. Mérito. Vencimento do prazo para pagamento de precatório. Circunstância insuficiente para legitimar a determinação de seqüestro. Contrariedade à autoridade da decisão proferida na ADI 1.662. Reclamação admitida e julgada procedente" (STF – Pleno – REcl. n.º 1.987-0/DF – Rel. Ministro Maurício Corrêa – j. 01º.10.2003 - DJU 21.05.2004 – Ementário n.º 2.152 – sem grifos no original).

¹⁰²⁵ "EMENTA: RECLAMAÇÃO. 2. Sequestro de recursos do Município de Capitão Poço. Débitos trabalhistas. 3. Afronta à autoridade da decisão proferida na ADI 1.662. 4. Admissão de seqüestro de verbas públicas somente na hipótese de quebra da ordem cronológica. Não equiparação às situações de não-inclusão da despesa no Orçamento. 5. **Efeito vinculante das decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade.** 6. **Eficácia que transcende o caso singular.** 7. **Alcance do efeito vinculante que não se limita à parte dispositiva da decisão.** 8. **Aplicação das razões determinantes da decisão proferida na ADI 1.662.** 9. Reclamação que se julga procedente" (STF – Pleno – REcl. n.º 2.363-0/DF – Rel. Ministro Gilmar Mendes – j. 23.10.2003 - DJU 01.04.2005 – Ementário n.º 2.185 – sem grifos no original).

emprego da reclamação deverá estar resguardado para qualquer interessado que tenha sido lesado em função da inobservância do julgado¹⁰²⁶.

Logo, nada obsta que, por analogia, o raciocínio em questão venha a ser utilizado para preservar a autoridade das decisões constitucionais proferidas em controle difuso provenientes do reconhecimento de repercussão geral, como forma de garantia do efeito vinculante ora sugerido.

3.7.3. A reclamação e as súmulas vinculantes.

A EC n.º 45/2004 e o legislador ordinário prestigiaram o emprego da *reclamação* como meio idôneo ao propósito de *cassar* o ato administrativo ou a decisão judicial que deixe de observar a súmula vinculante ou que venha a aplicá-la indevidamente, em *juízo de subsunção* equivocado. Assim, o instituto da reclamação – antes adstrito à função de resguardar a autoridade e a eficácia de determinados julgamentos e decisões de certos Tribunais Superiores¹⁰²⁷ – restou erigido à condição de instrumento capaz de *cassar* o ato administrativo *comissivo* ou decisão judicial, que deixe de privilegiar o entendimento sumulado com eficácia vinculante.

Com efeito, diante da inobservância do conteúdo de súmula vinculante, o § 3º, do art. 103-A, da Constituição Federal, dispõe que: “Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”. A referida regra foi corroborada pelo disposto no art. 7º da Lei n.º 11.417/2006: “Da decisão judicial ou

¹⁰²⁶ “Na prática, ampliou-se a legitimidade para ajuizamento da reclamação, ainda que a vinculatividade dos fundamentos determinantes das decisões aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo não exerça conceitualmente qualquer influência em relação a essa questão. Não há propriamente relação de causa e efeito entre a obrigatoriedade da *ratio decidendi* dos julgados proclamados em ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade e a legitimidade ativa ou passiva do instrumento consagrado na alínea I do inciso I do art. 102 da Constituição. Mesmo assim, firmou-se o entendimento de que qualquer prejudicado em razão da inobservância do efeito vinculante é parte legítima para propor reclamação perante o Supremo Tribunal Federal para garantia de decisão proferida em controle principal de constitucionalidade, inclusive contra autoridade que não tenha participado da elaboração do ato declarado inconstitucional. O efeito vinculante acabou por restabelecer, na prática, a força da eficácia *erga omnes*” (LEAL, Roger Stiefelmann. Ob. Cit., p. 167).

do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação”.

De qualquer sorte, nas hipóteses de decisão judicial contrária ao comando da súmula vinculante, a reclamação não obsta que sejam utilizados outros *meios impugnativos* (Lei n.º 11.417/2006, art. 7º, *caput*). Assim, em caso de desprestígio da súmula vinculante, além dos meios recursais ordinários e extraordinários, a parte interessada poderá provocar a atuação do STF pela via da *reclamação*. Sobressaem-se, dessa forma, dois mecanismos impugnativos para rechaçar a *decisão judicial* que *contrariou* ou *negou* aplicação à súmula vinculante: o *recurso* eventualmente cabível e a *reclamação*.

Não é despropositado registrar que a decisão judicial que contrarie ou negue vigência a *texto* da Constituição é impugnável apenas pelos *meios ordinários* colocados à disposição das partes. No entanto, a decisão que desprestigie o enunciado da súmula vinculante (que não se subsume, necessariamente, aos contornos do texto positivado da Constituição), é atacável por *reclamação* dirigida diretamente ao Supremo Tribunal Federal. Em última análise, a sistemática impugnativa traçada para resguardar a eficácia das súmulas vinculantes parece não guardar parâmetros de *proporcionalidade* com o sistema recursal pátrio, eis que a reclamação pode ser intentada *per saltum*.

Cabe salientar, ademais, que ao contrário da disciplina tracejada para os mecanismos recursais, o emprego da *reclamação* não está adstrito a prazo processual específico. Não se olvida, contudo, que a Súmula n.º 734 do STF estabelece que “não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do STF”.

Ainda que se possa discutir a natureza jurídica da reclamação, quer se trate de *ação* impugnativa, quer se vislumbre no seu manejo mero *incidente processual*, há que se aceitar que o procedimento em questão encerra *cognição parcial*, estreita aos limites do desprestígio perpetrado à súmula vinculante, de sorte que a *prova documental pré-constituída* deverá demonstrar cabalmente tal situação.

¹⁰²⁷ A Constituição Federal de 1988 fez por mencionar o instituto da reclamação com o objetivo de: a) garantir a autoridade e a eficácia das decisões do STF e do STJ; e, b) preservar as matérias de competência destes dois Tribunais Superiores (art. 102, I, letra “I”, e art. 105, I, letra “F”).

O ideário traçado pelo constituinte da EC n.º 45 não afasta determinadas inquietações. Com efeito, a reclamação poderá ser manejada por qualquer das partes, no âmbito do processo *subjetivo* em que se cogite da aplicação (ou não) da súmula vinculante. Calha observar que tal expediente poderá significar o aumento significativo no volume de trabalho do STF¹⁰²⁸, eis que a reclamação poderá ser utilizada tanto pela parte que possuía expectativa processual na sua aplicação (tendo em vista o entendimento sumulado lhe ser favorável) como, ainda, pela parte que, sentindo-se desconfortável com o entendimento preconizado na súmula vinculante, cogitar de sua inaplicabilidade ao caso concreto, sustentando o equívoco do *juízo de subsunção* realizado por determinado órgão do Judiciário.

Há que se aceitar que a decisão jurisdicional que faz opção pela aplicabilidade ou não da súmula vinculante é baseada em *juízo de subsunção*¹⁰²⁹; que em pouco (ou quase nada) se diferencia da hipótese de aplicação de texto de lei ao caso concreto. Trata-se, com efeito, de firmar a qualificação jurídica dos fatos, determinando-lhes as consequências no plano normativo¹⁰³⁰. E, como tal, o equívoco pode ser dar nos dois sentidos vetoriais: *má aplicação* ou *não aplicação*. Ora, nas palavras de Leonardo Lins MORATO, de acordo com o art. 103-A, § 3º, da CF, a reclamação pode ser proposta para reprimir ou impugnar o desrespeito a uma

¹⁰²⁸ "Como se vê, caberá reclamação endereçada diretamente ao STF das decisões que contrariarem os enunciados sumulados, numa espécie de recurso *per saltum*. Parece-nos, entretanto, que, ao instituir a reclamação, o legislador corre o risco de ter 'criado' instituto que venha a abarrotar o STF, colocando em xeque a efetividade da súmula vinculante" (OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Ob. Cit., p. 596).

¹⁰²⁹ "Não faço coro com aqueles que repudiam a súmula vinculante com o argumento central de que esse expediente menos não é do que engessar o direito. Os que lidam com as coisas forenses sabem muito bem que, conforme as particularidades de cada caso concreto, o juiz de direito deixará de aplicá-la, se houver razão bastante para tanto, dada a própria natureza estrutural da sentença" (FRANCIULLI NETTO, Domingos. Reforma do poder judiciário. Controle externo. Súmula vinculante. *In Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n.º 45/2004* / Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier ... [et. al.], São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 150).

¹⁰³⁰ Conforme adverte Sérgio Seiji SHIMURA, "o juiz não está infenso aos dramas e aflições refletidos nos autos do processo. Não pode ser surdo diante das circunstâncias do caso concreto. Resulta que o juiz pode e deve, sempre, proceder à adequada subsunção da hipótese fática posta sob seu julgamento ao enunciado que promana da súmula; em outras palavras, sempre se permitirá a devida interpretação da súmula, para saber se a hipótese fática se amolda à tese consolidada na súmula, situação agora reforçada com a necessidade de todos os julgamentos serem públicos e fundamentados (art. 93, IX, conforme EC n.º 45/2004)" (SHIMURA, Sérgio Seiji. Súmula vinculante. *In Linhas mestras do processo civil: comemoração dos 30 anos de vigência do CPC*. Coordenação Hélio Rubens Batista Ribeiro Costa, José Horácio Halfed Rezende Ribeiro e Pedro da Silva Dinamarco, São Paulo: Atlas, 2004. p. 765).

súmula vinculante, “assim caracterizado por não ter sido aplicada essa súmula, ou por ter sido aplicada indevidamente, ou por ter sido distorcido o seu conteúdo, ou por terem sido desbordados os seus limites, ou por ter sido interpretada inadequadamente, ou qualquer outra conduta que, de algum modo, acabe configurando um abuso da autoridade da Corte (STF) responsável pela edição da súmula”¹⁰³¹.

É preciso pensar, portanto, em outras formas de resguardar a higidez da súmula vinculante, de sorte a competir ao STF somente os *pronunciamentos decisórios finais* relacionados ao *juízo de subsunção* realizado pelos diferentes escalões do Judiciário nacional, que privilegiem ou neguem aplicação ao entendimento sumulado.

Por sua vez, na esfera administrativa o art. 7º, § 1º, da Lei n.º 11.417/2006 firmou a premissa de que “contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas”. Ou seja, na esfera administrativa não há como se utilizar a reclamação *per saltum*, restando imperioso esgotar o *contencioso administrativo obrigatório*. Mais uma vez não se pode confundir o amplo acesso ao Judiciário (Constituição Federal, art. 5º, XXXV), com a idéia de amplo acesso ao STF, para fins de emprego da reclamação constitucional. A regra em questão é compreensível, eis que, do contrário, as hipóteses de emprego da reclamação poderiam acentuar o já extenuante volume de trabalho imposto ao Supremo Tribunal Federal¹⁰³².

Desse modo, é possível sustentar que a reclamação é cabível em face da *omissão* e ainda em face do *ato comissivo* da Administração Pública. Em qualquer destas situações, ao interessado restará socorrer-se das vias adequadas, seja pela possibilidade de formulação de *pedido administrativo* à própria autoridade

¹⁰³¹ MORATO, Leonardo Lins. Obra citada. p. 398.

¹⁰³² “A esta altura, há de ser enfrentada a preocupação atual com uma possível sobrecarga de feitos reclamatórios nas Cortes superiores, ainda mais agora com a nova finalidade dada à reclamação, o que pode dificultar ainda mais a atuação do STF – já tão assoberbado de causas, diante da concepção atual de nosso sistema” (MORATO, Leonardo Lins. Obra citada. p. 411). Elizabeth Cristina Campos Martins de FREITAS, ao seu turno, afirma que: “Mesmo que o STF deixasse de examinar recursos extraordinários e agravos que a ele são submetidos, em compensação teria que passar a analisar número significativo de reclamações que seriam de sua competência originária, assim, diretamente submetidas a ele” (FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. Ob. Cit., p. 195).

competente¹⁰³³, ou ainda a interposição de *recurso* dirigido à autoridade hierarquicamente superior¹⁰³⁴.

Contudo, ao se tolher do interessado a solução do recurso administrativo (ou, simplesmente retardar o julgamento do mesmo), põe-se a questão: ainda assim o cabimento da reclamação estará jungido ao esgotamento das vias administrativas? A solução para esse tipo de situação pode ser construída com a impetração de mandado de segurança, na via judicial, para hostilizar o ato *omissivo* da autoridade administrativa (responsável pelo processamento do recurso e(ou) procedimento administrativo). Com tal solução aventada, respeita-se o disposto no art. 7º, § 1º, da Lei n.º 11.417/2006, haja vista que, configurados os requisitos exigidos para a concessão da ordem mandamental, dar-se-á apenas a concessão do *writ* para fins de obrigar a autoridade recalcitrante a concluir o procedimento administrativo.

É possível cogitar, ademais, às situações em que a autoridade responsável pelo ato, uma vez instada a se manifestar, venha a editar ato similar ao anterior, com conteúdo idêntico, mantendo a *recalcitrância* anteriormente externada¹⁰³⁵. Para essas hipóteses extremadas, tem-se defendido que a mera cassação do ato não

¹⁰³³ “Concomitantemente ao dever de dupla fundamentação acima analisado, a Lei ratificou o dever de rever a própria decisão recorrida, agora especificamente para as hipóteses em que, no recurso, o recorrente invocar súmula vinculante” (TAVARES, André Ramos. Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à lei 11.417, de 19.12.2006, p. 93).

¹⁰³⁴ “Art. 8º O art. 56 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, passa a vigorar acrescido do seguinte § 3º: (...) ‘Art. 56. (...) § 3º Se o recorrente alegar que a decisão administrativa contraria enunciado da súmula vinculante, caberá à autoridade prolatora da decisão impugnada, se não a reconsiderar, explicitar, antes de encaminhar o recurso à autoridade superior, as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso’. (...) Art. 9º A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 64-A e 64-B: (...) ‘Art. 64-A. Se o recorrente alegar violação de enunciado da súmula vinculante, o órgão competente para decidir o recurso explicitará as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso’. ‘Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal’”.

¹⁰³⁵ Contudo, “pode também gerar inconveniente procedimento cíclico em que a reclamação é julgada procedente, cassa-se a decisão divergente, devolve-se o processo à autoridade competente para novo julgamento, porém esta renova sua decisão, propiciando o ajuizamento de nova reclamação e nova cassação, que, por sua vez, oportuniza nova demonstração de rebeldia, seguida de outra reclamação, e assim por diante. Em suma, o mero expediente da reclamação cassatória, sem a responsabilização da autoridade, permite a persistência infinita da recalcitrância indesejada” (LEAL, Roger Stiefelmann. Ob. Cit., p. 166).

afasta a imposição de sanções à autoridade renitente¹⁰³⁶. Nesses casos, cabe observar o conteúdo do art. 64-B da Lei n.º 9.784/1999, ao dispor que: “Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal” (incluído pela Lei n.º 11.417/2006). Ademais, o regramento deste dispositivo prevê expressamente a responsabilização civil, com substrato no comando do art. 37, § 6º, da Constituição da República. Contudo, quer parecer que a imposição da sanção pessoal desloca o eixo do problema, pois a preocupação precípua consiste na garantia de respeitabilidade aos precedentes exarados pela Corte Suprema.

No que tange aos aspectos procedimentais e operacionais da reclamação oferecida diante do descumprimento de súmula vinculante, é válido acompanhar Leonardo Lins MORATO, ao salientar que “a parte passiva da reclamação é a autoridade (judicial ou não) que tenha descumprido a decisão judicial, desrespeitando a súmula vinculante, ou usurpado a competência das Cortes em questão”¹⁰³⁷.

Há que se advogar, ademais, a possibilidade de concessão de provimento liminar no âmbito estreito da reclamação (valendo-se, nesse particular, da exegese do art. 14, II, da Lei n.º 8.038/1990, aplicável por analogia). Com efeito, tal como ressaltado pelo autor citado, “o que importa é enfatizar a necessidade e a disponibilidade do provimento liminar para a reclamação, considerando a garantia constitucional da prestação da tutela jurisdicional justa e tempestiva (art. 5º, XXXV,

¹⁰³⁶ “A inobservância do efeito vinculante caracteriza *grave violação de dever funcional* das autoridades públicas infratoras, sejam elas integrantes do Poder Judiciário ou do Poder Executivo. Tratando-se, em ambos os casos, de servidores públicos – magistrados e autoridades administrativas –, é possível cogitar, além da prática de infração administrativa, que a renitência aos julgados em controle abstrato de constitucionalidade possa resultar, na esfera criminal, na prática de crime contra a Administração Pública e, na esfera civil, em responsabilidade civil do Estado, assegurado o direito de regresso contra a autoridade insubordinada, conforme o 6 do art. 37 do texto constitucional. Ainda na órbita criminal, não parece descabido especular sobre a prática de crime de responsabilidade, nos termos do inc. VII do art. 85 da Constituição. Especificamente quanto aos magistrados, caberia, em tese, aplicar a responsabilidade por perdas e danos de que trata o art. 133, I, do Código de Processo Civil” (LEAL, Roger Stiefelmann. Ob. Cit., p. 168).

¹⁰³⁷ MORATO, Leonardo Lins. Ob. Cit., p. 402.

da CF), garantia essa que, vale notar, é fundamento da existência da reclamação em nosso sistema”¹⁰³⁸.

Reitere-se, por último, que o julgamento de procedência da reclamação ensejará a *anulação* do ato administrativo e a *cassação* da decisão judicial afrontosa da súmula vinculante¹⁰³⁹. Diante da hipótese de contrariedade ou negativa de vigência à súmula vinculante, o STF poderá, com o acolhimento da reclamação, determinar que outra decisão judicial seja proferida no lugar daquela cassada, em típico provimento mandamental¹⁰⁴⁰. Caso a situação concreta revele manifesto equívoco na aplicação errônea da súmula, a decisão de procedência da reclamação limitar-se-á à cassação ou anulação do ato decisório ou administrativo (Lei n.º 11.417/2006, art. 7º, § 2º). Na hipótese de omissão quanto à aplicação da súmula vinculante, o comando mandamental deve assegurar a determinação para a prática dos atos cabíveis.

3.7.4. A possível tautologia advinda do emprego da reclamação.

O emprego da reclamação deve assumir, no atual contexto, uma conotação um pouco mais *difusa* e paradoxalmente mais *contundente*, visando privilegiar a própria *autoridade* do STF, como guardião da Constituição, operacionalizando a instrumentalidade das súmulas vinculantes e o respeito a *ratio decidendi* dos julgamentos prolatados pelo Supremo Tribunal Federal.

Não faltarão vozes apontando que a expansão do efeito vinculante pode redundar em uma proliferação de reclamações. Com a devida *vênia*, o argumento é

¹⁰³⁸ MORATO, Leonardo Lins. Obra citada. p. 409.

¹⁰³⁹ “Ao mencionar a expressão ato reclamado, a lei quer dar ainda mais abrangência a esse poder conferido ao relator, ou seja, maior amplitude ou autonomia para que ele possa intervir e suspender qualquer ato que esteja desrespeitando competência, julgado ou súmula vinculante da Corte que integra” (MORATO, Leonardo Lins. Ob. Cit., p. 406).

¹⁰⁴⁰ Luiz Rodrigues WAMBIER, Teresa Arruda Alvim WAMBIER e José Miguel Garcia MEDINA sustentam que: “A natureza da sentença, no caso de a reclamação ser proposta contra decisão que aplica mal a súmula ou que não a aplica quando deveria tê-lo, ser julgada procedente, parece-nos ser *mista*, já que será anulado o ato administrativo ou a decisão judicial – sendo a sentença, nesta medida, desconstitutiva – e se determinará que outro ato seja praticado ou que outra decisão seja proferida, no lugar da anulada – neste particular, se estará diante de uma decisão de natureza mandamental. Trata-se de regime análogo ao da cassação” (**Breves comentários à nova sistemática processual civil: emenda constitucional n.º 45/2004 [reforma do judiciário]; Lei 10.444/2002; Lei 10.358/2001 e Lei 10.352/2001**/Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier, José Miguel Garcia Medina. p. 125).

tautológico, pois o desrespeito às decisões do Supremo Tribunal Federal sugere a adoção de novos mecanismos de conformação da jurisprudência, dando azo à expansão do efeito vinculante. Em contrapartida, a necessidade de resguardar esses novos expedientes conduz ao emprego de mais reclamações. A edição da Súmula vinculante n.º 10 é simbólica para expressar este tipo de tautologia: quais foram as razões que levaram a sua edição? A observância da cláusula de reserva de plenário (CF/88, art. 97), por si só, não era suficiente para afastar as técnicas que compõem o ideário do controle de constitucionalidade nacional?

Ou dito de outra forma: antes da EC n.º 45/2004, o foco das atenções e preocupações dos processualistas estava no excesso de recursos extraordinários e agravos de instrumentos interpostos contra as decisões denegatórias (CPC, art. 544). Não por outra razão, os números e as estatísticas envolvendo o emprego desses recursos permitiram *compreender* o uso de uma jurisprudência *defensiva* por parte do Supremo Tribunal Federal (retorne-se a leitura: foi dito *compreender*, não *justificar*). No entanto, no cenário pós-repercurssão geral, qual será o mote? O emprego excessivo das *reclamações* passará a comportar uma interpretação formalista e restritiva? Portanto, uma vez mais, há que se advertir pelo implemento de uma cultura de maior respeito aos precedentes dos Tribunais Superiores.

Dessa forma, há que se construir uma técnica para o resguardo do efeito vinculante no sistema difuso consentânea com os parâmetros já utilizados para a proteção da autoridade dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal emanados do controle concentrado de constitucionalidade. Ressalte-se, por derradeiro, que o cabimento da reclamação não afasta a incidência dos demais meios de impugnação às decisões judiciais e aos atos administrativos.

CONCLUSÕES.

A partir dos propósitos traçados na apresentação do trabalho, tem-se que a preocupação em *evidenciar* a aproximação dos métodos de controle de constitucionalidade no direito brasileiro estava atrelada a alguns objetivos precípuos, notadamente a demonstração de que a defesa de um *sofisticado* sistema *híbrido* de constitucionalidade não pode ser pautada pelo isolamento dos métodos, das técnicas de controle e extensão de seus efeitos.

Cabe destacar, por via de consequência que, apesar da primazia e destaque conferidos para o sistema de constitucionalidade *concentrado*, o modelo *incidental* ainda desperta particular atenção, notadamente por possibilitar a qualquer indivíduo o seu emprego e a qualquer órgão jurisdicional o enfrentamento da questão constitucional versada no caso concreto. Assim, pela via do recurso extraordinário - observados os condicionantes do art. 102, § 3º, da CF/88 -, o Supremo Tribunal Federal pode contribuir para o desenvolvimento de uma cultura de apego aos precedentes, após o debate qualificado do tema constitucional. Ora, como restou evidenciado, o recurso extraordinário é vocacionado à valoração de questões constitucionais relevantes, fato este que confere especial significação aos precedentes interpretativos daí advindos.

De mais a mais, o desapego às tradições teóricas de cada vertente do controle de constitucionalidade conduz à interlocução entre tais sistemas, coibindo-lhes que venham a competir por uma suposta proeminência na ordem interna, na intenção de preservar incólume a natureza de cada qual. Ora, o distanciamento entre os modelos *incidental* e *concentrado* deve limitar-se apenas aos quadrantes *didáticos* de exposição da matéria, sendo que as melhores potencialidades de ambos podem ser extraídas do manuseio e da integração destas duas vertentes. Com isso, parece possível descortinar os horizontes de um sistema eficiente e sofisticado, adequado às atuais necessidades nacionais. Afinal, a duplicidade dos canais voltados à identificação das inconstitucionalidades não quer significar excesso de meios; até porque, no contexto das sociedades complexas, o desencadeamento do controle concentrado pressupõe certos acordos discursivos e o amadurecimento das convicções dos agentes políticos. Por este prisma, o controle difuso continua a desempenhar papel salutar na experiência nacional.

Logo, a partir das premissas assentadas, parece lícito concluir que os processos *formais* ou *informais* de mutação constitucional cancelam a expansão do efeito vinculante na seara do controle difuso de constitucionalidade. No caso, trata-se, então, de preservar a *ratio decidendi* dos julgamentos de recursos extraordinários qualificados pelo filtro da repercussão geral. Assim, a defesa do efeito vinculante coaduna-se com a ideia de prestígio das decisões constitucionais exaradas pelo Supremo Tribunal Federal.

Por isso é que se impõe a observância da participação dos diversos segmentos e atores sociais por meio das ferramentas conhecidas da jurisdição constitucional (designação de audiências públicas, intervenção de “amicus curiae”, mecanismos de consulta popular etc.). O postulado ético e uma praxe constitucional engajada, auxiliados pelas revelações propiciadas pela *filosofia da linguagem*, devem estar amparados em “acordos discursivos”, com forte inclinação para a participação dos segmentos e atores sociais, todos eles focados na tarefa de auxiliar o convencimento do Judiciário na determinação de sentido, conteúdo e alcance dos direitos fundamentais. Se tal postura não resolver os dilemas da Jurisdição Constitucional, poderá servir, no mínimo, para conduzir os processos de escolha inerentes à decisão constitucional. Conforme foi exposto, os questionamentos em torno da legitimidade democrática da jurisdição constitucional brasileira interessam atualmente para o balizamento de seus limites e para a conformação dos seus pronunciamentos, motivo pelo qual o tema está alinhado com a pretendida extensão do efeito vinculante.

Cabe reiterar, desse modo, que a defesa da expansão do efeito vinculante está adstrita aos casos envolvendo repercussão geral ou, dito de outro modo, ao universo dos recursos extraordinários que tenham passado pelo filtro qualitativo implementado pela EC n.º 45/2004. Ao se precisar a repercussão geral da matéria constitucional ventilada em sede de recurso extraordinário, com a presumível *transcedência* do tema em debate, não é possível circunscrever a eficácia do julgamento e efeitos do julgado apenas ao âmbito da relação processual (eficácia *inter partes*), até porque não há diferença ontológica ou qualitativa entre a declaração de inconstitucionalidade exarada no controle abstrato e no controle difuso/incidental. E, como visto, a cultura de *respeitabilidade* e *observância* dos *precedentes* das Cortes Superiores não demanda disciplina constitucional expressa.

Não há exagero em afirmar que os posicionamentos judiciais conflitantes demandam profundas reflexões, motivo pelo qual é de se aceitar que os instrumentos que venham a privilegiar uma maior estabilidade à jurisprudência são benéficos não só às partes como também ao próprio Poder Judiciário. Assim, a atuação *errática* dos Tribunais inferiores – além do efeito pernicioso dos julgamentos díspares – conduz a um círculo vicioso que incentiva o emprego de novos recursos.

Como foi dito, a restrição dos efeitos *inter partes* no controle difuso contribui, em certa medida, para a “*ordinarização*” do recurso extraordinário, pois quando os escalões inferiores do Judiciário passam a decidir em desconformidade com a decisão do STF, ao menos um dos jurisdicionados poderá fazer uso de mais uma impugnação. Forçosamente tal situação acarreta impactos na organização burocrática dos Tribunais Superiores.

Logo, com substrato nas premissas anteriores, é possível sustentar que a influência do neoconstitucionalismo e os influxos do pós-positivismo permitem concluir que o efeito vinculante pode ser usado como um ponto de equilíbrio na equação do ativismo judicial e da autocontenção, na difícil tarefa de concretização dos direitos fundamentais. A assertiva ora defendida, por certo, está relacionada à fixação da *ratio decidendi* do precedente constitucional, afastando eventuais voluntarismos ou solipsismos na solução das demais demandas intersubjetivas similares.

Com efeito, é quase desnecessário reiterar que o Poder Judiciário dispõe do poder-dever de afirmar o significado dos direitos fundamentais, na difícil tarefa de controle corretivo das leis, de modo que as decisões proferidas no julgamento de recurso extraordinário – qualificadas sob o signo da repercussão geral – devem assumir eficácia vinculante.

Não deverá causar espanto, dessa forma, que a edição de um novo Código de Processo Civil venha a dispensar tratamento específico para o efeito vinculante advindo de certos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal¹⁰⁴¹. Com efeito, afigura-se oportuna a advertência da necessidade de se criar uma teorização

¹⁰⁴¹ Cabe o registro que, no período coincidente com o depósito do presente trabalho, sobreveio notícia da entrega do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil por parte da Comissão de Juristas presidida por Luiz FUX (http://www.senado.gov.br/sf/senado/novocpc/detalha_noticias.asp?codigo=78435, consulta 04.06.2010).

genuinamente nacional em prol do respeito aos precedentes (cultura precedentalista), com o resguardo da *ratio decidendi* dos pronunciamentos advindos dos Tribunais Superiores (STF e STJ). A exegese até então empreendida, no sentido de que a jurisprudência gera um grau de vinculatividade débil parece não responder aos fenômenos condizentes com a escala crescente do efeito vinculante. Além disso, a propensão pela adoção dos incidentes de coletivização voltados ao julgamento das “macro-lides” (processos *multitudinários*) pode conduzir a um privilegiado exame de certas questões constitucionais por parte do órgão de cúpula do Judiciário nacional. Não se está a defender a ideia de um julgamento *per saltum* dos recursos extraordinários, haja vista a necessidade de esgotamento das instâncias ordinárias. Porém, não se pode negar que as técnicas de aceleração processual que venham a privilegiar os incidentes de coletivização podem conduzir, por certo, ao reconhecimento da repercussão geral e à adoção de um canal privilegiado para o exame destas matérias por parte do Supremo Tribunal Federal.

Ainda nessa perspectiva, não deve causar espanto que – em prol da cognição das questões constitucionais imbuídas de *transcendência* e repercussão geral – o Supremo Tribunal Federal venha até mesmo dispensar certos excessos formalistas que até então vinham condicionando a admissibilidade dos recursos extraordinários. Ou dito de outro modo, a implantação de um verdadeiro mecanismo de filtragem *qualitativa* (art. 102, § 3º, da CF/88) pressupõe, como contrapartida necessária, uma postura comprometida com a superação dos mecanismos identificados sob a rubrica da *jurisprudência defensiva*. Com efeito, a tendência de *abstratização* dos processos subjetivos conduz a uma nova compreensão do papel dos recursos extraordinários, com a estreita identificação destes em prol da realização dos direitos fundamentais, de modo que não parece aceitável que o Estado-jurisdição continue a se apegar a certos arroubos formalistas de modo a se furtar ao exame dos temas sensíveis à jurisdição constitucional.

Por outro lado, a (tardia) expansão do efeito vinculante deu azo a uma escala crescente de mecanismos processuais implantados com o propósito de obstar as exteriorizações e divergências na interpretação das questões constitucionais contemporâneas. O paradoxo daí decorrente é que o retardamento na adoção desses mecanismos - voltados ao *fechamento* do sistema – conduziu ao nascimento de novas figuras e, com isso, abriu-se espaço para uma acomodação atávica no

tocante ao papel das técnicas já existentes. Ou seja, parece estranho mesmo observar que a expansão do efeito vinculante, culminando no advento das súmulas vinculantes, esbarre em discussões pautadas pelo dogma da separação dos Poderes, na possível quebra da independência dos juízes etc., quando, em verdade, este tipo de teorização faz por tangenciar a efetivação dos direitos fundamentais.

Portanto, a concretização dos direitos fundamentais – eixo da atividade estatal – não pode permanecer à mercê das divergências interpretativas infundadas, incompatíveis com o primado da *ratio decidendi* adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- ABDO, Helena. As situações jurídicas processuais e o processo civil contemporâneo, *In Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Fredie Didier (Org.), Salvador: JusPodium, 2010, Vol. 2.
- ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional**. Trad. Mauro Raposo de Mello, Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade jurídica & legitimidade democrática**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. Considerações sobre a função do senado federal de suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo supremo tribunal federal, *In Revista de Informação Legislativa*. ano 44, n.º 174, abr./jun. 2007, p. 15-24.
- ALVIM, Arruda. **A alta função jurisdicional do superior tribunal de justiça no âmbito do recurso especial e a relevância das questões**. *In Revista de processo*, n.º 96, Ano 24, out-dez. 1999, Revista dos Tribunais.
- AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. **Jurisdição constitucional e a tutela dos direitos metaindividuais**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.
- AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes, *In TORRES, Ricardo Lobo. Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- AMORIM, Aderbal Torres de. **O novo recurso extraordinário: hipóteses de interposição, repercussão geral, amicus curiae, processamento, jurisprudência, súmulas aplicáveis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- ANJOS FILHO, Robério Nunes. Minorias e grupos vulneráveis: uma proposta de distinção, *In Direitos humanos: estudos em homenagem ao professor Fábio Konder Comparato*, Coordenadora Elza Antonia Pereira Cunha Boiteux, Organizador Robério Nunes dos Anjos Filho, Salvador: JusPodium, 2010.
- APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada**. Curitiba: Juruá, 2008.
- _____. **Controle de constitucionalidade no brasil**, 1ª ed., 3ª reimpressão, Curitiba : Juruá, 2009.

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. O controle da constitucionalidade pelo supremo tribunal federal à luz da teoria dos poderes neutrais, *In O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Organizador Daniel Sarmento, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.
- ARAGÃO, Egas D. Moniz de. **A correção parcial**. Curitiba: Editora Litero-Técnica, 1958.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. A reforma do poder judiciário (EC n.º 45) e o controle concentrado de constitucionalidade, *In Reforma do judiciário analisada e comentada*. Coordenadores André Ramos Tavares, Pedro Lenza e Pietro de Jesús Lora Alarcón, São Paulo: Editora Método, 2005.
- ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. Desacordo razoável e aceitabilidade racional, *In Hermenêutica constitucional: homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia*, Eduardo Ribeiro Moreira, Jerson Carneiro Gonçalves Junior e Lucia Helena Polleti Bettini (Organizadores), Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.
- ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário, *In Custos Legis – Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*. Ano I, Número 1, 2009, p. 1-20.
- ARRUDA, Paula. **Efeito vinculante: ilegitimidade da jurisdição constitucional**. Estudo comparativo com Portugal. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.
- ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos cíveis**. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito – introdução e teoria geral**. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 1993.
- ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. A seleção dos juízes da suprema corte norte-americana, *In Revista IBRAJUS 1: Poder Judiciário e Administração da Justiça*. Vladimir Passos de Freitas, Karin Kässmayer, Curitiba: Juruá, 2008. N.º 01. p. 69-71.
- AUSTIN, John. **Lectures on jurisprudence, or the philosophy of positive law**, V. II, 5th ed. rev. London : John Murray, Albemale Street.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, São Paulo: Malheiros, 2003.
- AZEM, Guilherme Beux Nassif. **Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

- _____. A jurisdição administrativa no direito comparado: confrontações entre o sistema francês e o brasileiro. *In* **Reflexões sobre direito administrativo**, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.
- _____. O regime jurídico das organizações sociais e a sua contratação pelo poder público mediante dispensa de licitação. *In* **Reflexões sobre direito administrativo**, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.
- BALANDIER, Georges. **A desordem: elogio do movimento**. Bertrand Brasil.
- BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.
- BARCELLOS, A **eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROS, Sérgio Resende de. Simplificação do controle da constitucionalidade, *In* **As vertentes do direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. Coordenador Ives Gandra da Silva Martins, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades na constituição brasileira**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- _____. Conceitos fundamentais sobre o controle de constitucionalidade e a jurisprudência do supremo tribunal federal, *In* **O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Organizador Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.
- _____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. Mutações constitucionais. *In* **20 anos da constituição brasileira / coordenação Eduardo Ribeiro Moreira e Marcio Pugliesi**, São Paulo: Saraiva, 2009.
- BASTOS, Celso S. Ribeiro. Arguição de descumprimento de preceito fundamental e legislação regulamentadora, *In* **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9882/99**. André Ramos Tavares & Walter Claudius ROTHENBURG (orgs.), São Paulo: Atlas, 2001.
- BAUM, Lawrence. **A suprema corte americana**. Trad. de Elcio Siqueira, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

- BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, democracia e constitución. *In* **Neoconstitucionalismo(s)**. CARBONELL, Miguel (org.). Madrid: Editorial Trotta, 2003, pp. 211-238.
- BENETI, Sidnei. Reformas de descongestionamento de tribunais, *In* **Estudos de direito constitucional em homenagem a Cesar Asfor Rocha (teoria da constituição, direitos fundamentais e jurisdição)**, Paulo Bonavides, Germana Moraes e Roberto Rosas (orgs.), Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Editora Renovar, 2009.
- BERMUDES, Sérgio. **A reforma judiciária pela Emenda Constitucional n.º 45: observações aos artigos da Constituição Federal alterados pela Emenda Constitucional n.º 45, de 08 de dezembro de 2004**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- BIANCHI, Paolo. Un'amicizia interessata: l'amicus curiae davanti alla corte suprema degli stati uniti, *In* **Giurisprudenza costituzionale**. Fasc. 06, nov-dez. 1995, Ano XI, Giuffrè.
- BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. Legitimidade do estado e a revisão parlamentar do controle de constitucionalidade, *In* **Limites do controle de constitucionalidade**. Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (org.). Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.
- BINENBOJM, Gustavo. A democratização da jurisdição constitucional e o contributo da lei n.º 9.868/99, *In* **O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99**. Organizador Daniel Sarmento, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.
- _____. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BISCH, Isabel da Cunha. **O amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade: um estudo comparado à luz das experiências americana, européia e brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BITTENCOURT, Lucio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 1968.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.
- BRADBURY, Ray. **Fahrenheit 451**. Rio de Janeiro: Globo, 2007.
- BRAGHITTONI, R. Ives. **Recurso extraordinário: uma análise do acesso do supremo tribunal federal**. Coleção Atlas de Processo Civil / Coordenação Carlos Alberto Carmona, São Paulo: Atlas, 2007.

- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRAWERMAN, André. Recurso extraordinário, repercussão geral e a advocacia pública. *In Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*. São Paulo, n.º 10, p. 143-160, jul./dez. 2007.
- Breves comentários à nova sistemática processual civil: emenda constitucional n.º 45/2004 [reforma do judiciário]; Lei 10.444/2002; Lei 10.358/2001 e Lei 10.352/2001**/Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier, José Miguel Garcia Medina.
- BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição**, Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BROSSARD, Paulo. O senado e as leis inconstitucionais, *In Revista de Informação Legislativa* n.º 50/61.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**, São Paulo: Saraiva, 2006.
- CAMBI, Eduardo. Critério da transcendência para a admissibilidade do recurso extraordinário (art. 102, § 3º da CF): entre a autocontenção e o ativismo do STF no contexto da legitimação democrática da jurisdição constitucional, *In Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n.º 45/2004* / Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier ... [et. al.], São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. Civilização do direito constitucional, *In Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides* / Coord. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra, São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. **Direito Constitucional e teoria da constituição**, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- CAPONI, Remo. **Modelli europei di tutela collettiva nel processo civile: esperienze tedesca e italiana a confronto** (extraído: <http://unifi.academia.edu/remocaponi/papers/130832/R--Caponi> - consulta em 06.05.2010).

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993 (reimpressão 1999).

_____. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** Trad. Aroldo Plínio Gonçalves, 2ª ed., Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CARNEIRO, Tânia Aoki. Efeito vinculante das decisões em ação declaratória de constitucionalidade. *In Revista de processo*. n.º 161, Ano 33, julho 2008, Revista dos Tribunais.

CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre derecho y lenguaje.** Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1965.

CÁRCOVA, Carlos Maria. **A opacidade do direito.** Trad. Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1998.

CASELLA, Mario. Il nuovo processo cautelare. *In Rivista di diritto processuale*, Padova, n.º 4, p. 1005-1036, ottobre/dicembre, 1995.

CASTRO, Flávia de Almeida. **Novas técnicas de interpretação constitucional**, *In Revista de Direito Constitucional e Internacional*, Ano 9, n.º 34, janeiro-março/2001.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. A lei 11.672/2008 e o novo processamento de recursos especiais com identidade de matérias, em confronto com a feição transindividual do recurso extraordinário, *In Revista de processo*, n.º 163, Ano 33, setembro 2008, Revista dos Tribunais.

CHAUÍ, Marilena. **Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas.** São Paulo: Cortez, 1990.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea.** 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **Temas de direito constitucional.** São Paulo: Acadêmica, 1993.

_____. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob a sua égide.** *In Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* n.º19, 1997.

_____. **Atividade legislativa do poder executivo.** 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

- _____. Controle de constitucionalidade e democracia. *In* **Constituição e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- _____. Crédito-prêmio de IPI e princípio constitucional da segurança jurídica. *In* **Crédito-prêmio de IPI: estudos e pareceres**. Barueri: Minha Editora, 2005.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin; MARTINS, Alessandra Ferreira. Resolução n.º 71/2005 do senado federal e crédito-prêmio de IPI, *In* **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 6, n.º 23, janeiro/março 2006.
- COELHO, Gláucia Mara. **Repercussão geral: da questão constitucional no processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2009.
- COELHO, Inocêncio Mártires. As idéias de peter haberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro, *In* **Revista de Direito Administrativo**, n.º 211.
- COLLINS JR., Phillip. Friends of the Court: examining the influence of amicus curiae participation in US Supreme Court Litigation. *In* **Law and Society Review**, v. 38, 2004.
- COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. *In* **Neoconstitucionalismo(s)**, CARBONELL, Miguel (org.). Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- CÔRREA, Oscar Dias. **O supremo tribunal federal, corte constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *In* **Direito alternativo. Seminário nacional sobre o uso alternativo do direito**. Rio de Janeiro: 1993, pp. 33-43.
- _____. Dogmática crítica e limites lingüísticos da lei. *In* **Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos** / Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima (org.), Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- CRISCUOLI, Giovanni. Amicus curiae, *In* **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**. Ano XXVII, n.º 1, Milano: Griuffrè, 1973, pp. 187/216.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

CUNHA JR., Dirley da. A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade – a intervenção do particular, do co-legitimado e do *amicus curiae* na ADIN, ADC e ADPF. *In Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. Coordenadores Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. O princípio do *stare decisis* e a decisão do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade, *In Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade*. Marcelo Novelino Camargo (Org.), Salvador: JusPodium, 2007.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro, DERZI, Misabel Abreu Machado e THEODORO Jr. Da impossibilidade jurídica de ação rescisória de sentença anterior à declaração de constitucionalidade pelo STF, no direito brasileiro, *In Direito tributário contemporâneo*. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

DE LA RÚA, Fernando. **Teoria general del proceso**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1991.

DEL CLARO, Roberto. Coisa julgada e efeito vinculante na jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão, *In A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR* / Coordenador Luiz Guilherme Marinoni, Salvador: JusPodium, 2010.

DELGADO, José Augusto. Reflexões sobre a repercussão geral como condição para o conhecimento do recurso extraordinário (EC 45/04). *In Reforma do judiciário: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência*. Coordenação Bruno Freire e Silva e Rodrigo Mazzei, Curitiba: Juruá, 2006.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. **Amicus curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 2007.

DENTI, Vittorio. **La tutela d'urgenza**. Atti del XV convegno nazionale (Bari, 4-5 ottobre, 1985), Castello: Rimini-Maggioli, 1986.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Recurso de terceiro: juízo de admissibilidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Transformações no recurso extraordinário, *In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. Coordenadores Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006 [Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos, v. 10].

- DIDIER JR., Fredie, e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. Vol. 3, 8ª ed., Salvador : Edições Podium, 2010.
- DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, e OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Vol. 2, 5ª ed., Salvador: Edições Podium, 2010.
- DIMOULIS, Dimitri. Justiça de transição e função anistiantes no Brasil: hipostasias indevidas e caminhos de responsabilização, *In Justiça de transição no Brasil: direito, responsabilização e verdade*. Lauro Joppert Swensson Junior ... [et. al.], São Paulo: Saraiva, 2010.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994.
- _____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001. Tomo II.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 1999.
- DOUGLAS, Willian. Stare decisis, *In Columbia law review*. Vol. 49, June 1949, n.º 06.
- DUARTE, Écio Oto Ramos. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: uma introdução ao neoconstitucionalismo e às formas atuais do positivismo jurídico, *In Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. Écio Oto Ramos Duarte, Suzana Pozzolo, São Paulo : Editora Landy, 2006.
- DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge University Press. Cambridge and New York, 2008.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Beira, São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ELIAS, Norbert. **Sobre o tempo**, Jorge Zahar, p. 109.
- ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La constitution como norma y el tribunal constitucional**. Madrid: Editora Civitas, 1984.
- FACHIN, Luiz Edson. Povo e poder reformador: premissas de legitimidade, *In Estudos de direito constitucional em homenagem a Cesar Asfor Rocha (teoria da constituição, direitos fundamentais e jurisdição)*. Paulo Bonavides, Germana Moraes e Roberto Rosas (orgs.), Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

FALLON JR., Richard H. Stare decisis and the constitution: an essay on constitutional methodology, *In New York University Review*. V. 76 p. 570-597.

FARIA, José Eduardo. A definição do interesse público, *In Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Co-edição: Associação Paulista do Ministério Público e Editora Revista dos Tribunais, 2003.

FAVETTI, R. T.. **Controle de constitucionalidade e política fiscal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

FAVOREU, Louis. **El bloque de la constitucionalidad (simposium franco-espanol de derecho constitucional)**. Universidad de Sevilla: Editorial Civitas, 1991.

_____. **As cortes constitucionais**. Trad. Dunia Marinho Silva, São Paulo: Landy Editora, 2004.

FEREJOHN, John; PASQUINO. Tribunais Constitucionais como instituições deliberativas, *In Limites do controle de constitucionalidade* / Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (Org), Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. *In Neoconstitucionalismo(s)*. CARBONELL, Miguel (org.). Madrid: Editorial Trotta, 2003.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

_____. **Processos informais de mudança da constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

FERREIRA, Willian Santos. Sistema recursal brasileiro: de onde viemos, onde estamos e para onde (talvez) iremos, *In Linhas mestras do processo civil*. Organizadores Hélio Rubens Batista Ribeiro Costa, José Horácio Halfed Rezende Ribeiro e Pedro da Silva Dinamarco, São Paulo Atlas, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1985.

FIGUEROA, Alfonso García. La teoria del derecho em tiempos del constitucionalismo. *In Neoconstitucionalismo(s)*. CARBONELL, Miguel (org.). Madrid: Editorial Trotta, 2003, pp. 159-186.

- FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la antigüedad a nuestros días**. Madrid: Editorial Trotta, 2001.
- FISCHER, Octávio Campos. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- FISS, Owen. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Coordenação da tradução Carlos Alberto de Salles, Trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- FRANCIULLI NETTO, Domingos. Reforma do poder judiciário. Controle externo. Súmula vinculante, *In Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n.º 45/2004* / Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier ... [et. al.], São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. **A aplicação restrita da súmula vinculante em prol da efetividade do direito**. *In* Revista de processo, n.º 116, Ano 29, jul-ago. 2004, Revista dos Tribunais.
- FURLAN, Fabiano Ferreira. O guardião da Constituição: debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen, *In A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 10, n.º 39, janeiro/março 2010.
- GADORE, Marcia Regina Lusa. **Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2007.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração do processo**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.
- GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo, *In Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Coordenadores José Adércio Leite Sampaio e Álvaro Ricardo de Souza Cruz, Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente ao gobierno: sobre o carácter contramayoritario del poder judicial**. Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 1996.
- _____. Democracia deliberativa e o papel dos juízes diante dos direitos sociais, *In Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento Coordenadores. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.
- GEDIEL, José Antonio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do verbo, 2000.
- GHÉHENNO, Jean Marie. **O fim da democracia**. 2ª ed., Trad. Howard Maurice Johnson, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.
- GIFIS, Steven H. **Law dictionary**. Barron's Educational Series, Inc., 1975.

- GOLDSCHMIDT, James. **Direito processual civil**. trad. Lisa Pary Scarpa, Campinas: Bookseller, 2003.
- GOMES, Décio Alonso. **(Des)aceleração processual: abordagens sobre dromologia na busca do tempo razoável do processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.
- GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **A arguição de relevância – a repercussão geral das questões constitucional e federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- _____. Recurso ordinário constitucional – questões relevantes, *In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Coordenadores Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003 (Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos, v. 7).
- GÖSSLING, Maurício Manica. Arguição de descumprimento de preceito fundamental, *In Processo e constituição*. Organizador Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile, *In Revista di diritto processuale*. 1966.
- GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. *In Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. Organizador Fredie Didier Jr., Salvador: JusPodium, 2004.
- GRECO FILHO, Vicente. **Reformas, para que reformas**. *In Linhas mestras do processo civil*, Organizadores Hélio Rubens Batista Ribeiro Costa, José Horácio Halfed Rezende Ribeiro e Pedro da Silva Dinamarco, São Paulo: Atlas, 2004.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 3ª ed., São Paulo: Editora Celso Bastos, 2003.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Fabris, 1997.
- _____. **Pluralismo y constitucion: estúdios de teoria constitucional em la sociedad abierta**. Madrid: Tecnos, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, Vol. I.
- _____. **Diagnósticos do tempo: seis ensaios**, Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2005.

- HERANI, Renato Gugliano. Direito pré-constitucional e a “crise do supremo”, *In* **Hermenêutica constitucional: homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia**. Eduardo Ribeiro Moreira, Jerson Carneiro Gonçalves Junior e Lucia Helena Polleti Bettini (Organizadores), Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.
- HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Trad.: Luiz Repa, São Paulo: Ed. 34, 2003.
- IURK, Cassiano Luiz. **Coisa julgada e súmula vinculante: inter-relações entre o clássico e o novo**. Curitiba: JM Livraria, 2008.
- JANCZESKI, Célio Armando. Notas atuais sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), *In* **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 8, n.º 32, abril/junho 2006.
- Jurisdição constitucional comparada**/Stefano Maria Cicconetti; Anderson Vichinkeski TEIXEIRA, Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.
- LAGRASTA NETO, Caetano. **Direito de família: a família brasileira no final do século XX**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- LAMY, Eduardo de Avelar. **Súmula vinculante: um desafio**. *In* Revista de processo. n.º 120, Ano 30, fevereiro 2000, Revista dos Tribunais.
- LAMY, Marcelo; e, CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Reflexões sobre as súmulas vinculantes. *In* **Reforma do judiciário: analisada e comentada** / coordenação André Ramos Tavares... [et. aL.], São Paulo: Editora Método, 2005.
- LEAL, Mônica Clarissa Henning. **Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática: uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo : Saraiva, 2006.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2003.
- LEÃO JR., Paulo Silveira Martins. O direito fundamental à vida dos embriões e anencéfalos, *In* **Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos**. Agassiz Alemdia Filho e Plínio Melgaré (org.), São Paulo: Malheiros, 2010.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: mito ou realidade? *In* **Revista da faculdade de direito**. Curitiba, n.º 29, 1996.

LEITE, Glauco Salomão. **Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira**, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Súmulas vinculantes, os assentos do direito português e a doutrina do stare decisis: os limites de uma comparação, *In Estudos de direito constitucional comparado*, Coordenadores: Maria Garcia e José Roberto Neves Amorim, Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

LEITE, Roberto Basillone. Hermenêutica constitucional como processo político comunicativo: a crítica de Jürgen Habermas às concepções liberal e comunitarista. *In Justiça e democracia: entre o universalismo e o comunitarismo* / Cecília Caballero Lois (Org.), São Paulo: Landy Editora, 2005.

LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. **A relevância da questão federal e a crise do STF**. *In AJURIS*, Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, n.º 37, Ano XIII – 1986, Julho.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

LESSA, Pedro. **Poder judiciário**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915.

LLORENTE, Francisco Rubio. **El bloque de la constitucionalidad (simposium franco-español de derecho constitucional)**. Universidad de Sevilla: Editorial Civitas, 1991.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitución**. 2ª ed., Barcelona: Ariel, 1970.

LÖSING, Norbert. **La jurisdiccionalidad constitucional in latinoamérica**. Trad. de Marcela Anzola Gil e Konrad Hesse, Madrid: Dukinson, 2002.

LUDWIG, Celso Luiz. Discurso e direito: o consenso e o dissenso, *In Direito e discurso*. Ricardo Marcelo Fonseca (Organizador), Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

LUMMERTZ, Henry Gonçalves. O princípio do contraditório no processo civil e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *In Processo e constituição*. Organizador Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Rio de Janeiro: Forense, 2004,

KAZMIERSKI, Cleide. Emenda constitucional 45/04 (CF, art. 102, § 3º) – a “repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso” como *novo* pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário, *In A reforma do poder judiciário*. Coordenação Fábio Cardoso Machado e Rafael Bicca Machado, São Paulo: Quartier Latin, 2006.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Introdução e revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

- KOZIKOSKI JUNIOR, Antonio Claudio. O papel da secretaria de reforma do judiciário no aprimoramento da justiça brasileira. *In Revista IBRAJUS 1: Poder Judiciário e Administração da Justiça*. Vladimir Passos de Freitas, Karin Kässmayer, Curitiba: Juruá, 2008. N.º 01.
- KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. A repercussão geral das questões constitucionais e o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, *In Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n.º 45/2004* / Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier ... [et. al.], São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005
- _____. A EC 45/2004 e as súmulas vinculantes, *In Constituição e competência material da justiça do trabalho depois da EC n.º 45/2004* / Coordenação Wilson Ramos Filho, Curitiba: Gênese Editora, 2005.
- _____. **Manual dos recursos cíveis: teoria geral e recursos em espécie**. 4ª ed., Curitiba: Juruá, 2008.
- KRISLOV, Samuel. The amicus curiae, Brief: from friendship do advocacy. *In The Yale Law Journal*. v. 72, 1963. p. 695-791.
- KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e mutações constitucionais**: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da constituição federal de 1988, São Paulo: Atlas, 2009.
- MACCORMICK, Neil. **Retórica e estado de direito**, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MACEDO, Elaine Harzheim. Os tribunais superiores e os novos óbices recursais, *In A reforma do poder judiciário*. Coordenação Fábio Cardoso Machado e Rafael Bicca Machado, São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- MACHADO, Antonio Carlos Marcondes. Arguição de relevância: a competência para o seu exame. O ulterior conhecimento do recurso extraordinário. **Revista de Processo**. Revista dos Tribunais, n.º 42, a. XI, abr./jun. 1986.
- MACHADO, Fábio Cardoso. Da uniformização jurídico-decisória por vinculação às súmulas de jurisprudência: objeções de ordem metodológica, sociocultural e político-jurídica, *In A reforma do poder judiciário*. Coordenação Fábio Cardoso Machado e Rafael Bicca Machado, São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **O federalista**. Trad. de Maria Luiza X. de A. Borges, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1987.
- MAMARI FILHO, Luis Sérgio Soares. **A comunidade aberta de intérpretes da constituição: o amicus curiae como estratégia de democratização da busca do significado das normas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MANCHEGO, José F. Palomino. Constitución, supremacia constitucional y teoría de las fuentes, *In Estudos de direito constitucional em homenagem a Cesar Asfor Rocha (Teoria da constituição, direitos fundamentais e jurisdição)*, Organizadores: Paulo Bonavides, Germana Moraes e Roberto Rosas, Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Editora Renovar, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. **Divergência jurisprudência e súmula vinculante**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____. A realidade judiciária brasileira e os Tribunais da Federação – STF e STJ: inevitabilidade e elementos de contenção dos recursos a ele dirigidos, *In Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira* / Coordenação Luiz Fux, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Reexame da prova diante dos recursos especial e extraordinário. *In Revista de Processo*, n.º 130, ano 30, dezembro 2005.

_____. e ARENHART Sérgio Cruz. **Curso de processo civil, volume 2: processo de conhecimento**. 6ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. e MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. A segurança jurídica como fundamento do respeito aos precedentes. *In Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, n.º 37, / coordenação Estevão Lourenço Côrrea, Curitiba: 2009.

_____. e ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. O precedente na dimensão da segurança jurídica. *In A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR* / Coordenador Luiz Guilherme Marinoni, Salvador: JusPodium, 2010.

_____. O precedente na dimensão da igualdade. *In A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR* / Coordenador Luiz Guilherme Marinoni, Salvador: JusPodium, 2010.

- _____. Elaboração dos conceitos de *ratio decidendi* (fundamentos determinantes da decisão) e *obiter dictum* no direito brasileiro, *In A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR* / Coordenador Luiz Guilherme Marinoni, Salvador: JusPodium, 2010.
- MARRAFON, Marco Aurélio. Hermenêutica e argumentação ético-material na aplicação do direito, *In Crítica Jurídica*, Revista Latinoamericana de política, filosofia y derecho, n.º 24, 2005.
- MARTÍN, Nuria Belloso. **El control democrático del poder judicial en españa**, Curitiba: Universidade de Burbos/Moinho do Verbo, 1999.
- MARTINS, Antonio. Sobre direito, punição e verdade: reflexões acerca dos limites da argumentação jurídica, *In Justiça de transição no brasil: direito, responsabilização e verdade*, Lauro Joppert Swensson Junior ... [et. al.], São Paulo: Saraiva, 2010.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. A súmula 8 e os efeitos prospectivos das decisões da suprema corte, *In Estudos de direito constitucional em homenagem a Cesar Asfor Rocha (Teoria da constituição, direitos fundamentais e jurisdição)*, Organizadores: Paulo Bonavides, Germana Moraes e Roberto Rosas, Rio de Janeiro-São Paulo-Recife : Editora Renovar, 2009.
- _____. e MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n.º 9.868, de 10-11-1999**. 3ª ed., 2ª tir., São Paulo: Saraiva, 2009.
- MEDINA, Damares. **Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?** São Paulo: Saraiva, 2010.
- MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito processual constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- MELLO, Celso Albuquerque de. O § 2º do art. 5º da constituição federal. *In Teoria dos direitos fundamentais*. Ricardo Lobo Torres (Org.), 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MELLO FILHO, José Celso de. Algumas reflexões sobre a questão judiciária, *In Reforma do Judiciário*. Revista do Advogado – AASP, n.º 75, Ano XXIV, Abril de 2004.
- MELLO, Marco Aurélio. Considerações acerca da competência originária e recursal do supremo tribunal federal, *In Estudos de direito constitucional em homenagem a Cesar Asfor Rocha (teoria da constituição, direitos*

fundamentais e jurisdição), Paulo Bonavides, Germana Moraes e Roberto Rosas (orgs.), Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Editora Renovar, 2009.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Gilmar. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**, São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **Jurisdição constitucional**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Direitos fundamentais e controle da constitucionalidade**. 2ª ed., São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

_____. **Ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade**. In Mandado de segurança, Hely Lopes Meirelles, São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. In **Revista de Informação Legislativa**. ano 41, n.º 162, p. 149-168, abr./jun. 2004.

_____. Limitação de efeitos no sistema difuso e aplicação do art. 27 da lei 9.868/99: algumas notas, In **Estudos de direito constitucional em homenagem a Cesar Asfor Rocha (Teoria da constituição, direitos fundamentais e jurisdição)**. Organizadores: Paulo Bonavides, Germana Moraes e Roberto Rosas, Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Editora Renovar, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. Série IDP, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

_____. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996 (Reimpressão).

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. t. VII: arts. 496 a 538, Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MITIDIERO, Daniel. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MORAES, Alexandre de. Comentários à Lei n.º 9.882/99 – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In TAVARES, André Ramos (org). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei n.º 9882/99**. São Paulo: Atlas, 2001.

- _____. Legitimidade da justiça constitucional, *In As vertentes do direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. Coordenador Ives Gandra da Silva Martins, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- MORAIS, Dalton Santos. Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. *In Revista de processo*. n.º 164. Ano 33, outubro 2008, Revista dos Tribunais.
- _____. Crítica à caracterização da atuação senatorial no controle concreto de constitucionalidade brasileiro como função de publicidade: a importância da jurisdição constitucional ordinária e os limites da mutação constitucional, *In Revista de processo*, n.º 176, Ano 34, outubro 2009, Revista dos Tribunais.
- MORATO, Leonardo Lins. A reclamação e a sua finalidade para impor o respeito à súmula vinculante, *In Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n.º 45/2004* / Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier ... [et. al.], São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, vol. V.
- _____. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos, *In Revista Dialética de Direito Processual Civil*. São Paulo, vol. 27, jun. 2005.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. **O supremo tribunal federal em face da nova constituição – questões e perspectivas**. *In Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, 1989.
- _____. A missão constitucional do supremo tribunal federal e a arguição de relevância da questão federal, Conferência no Instituto dos advogados brasileiros, Rio de Janeiro, 1982, *In Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*. Ano XVI, n.º 58.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Coordenação gerencial da administração pública. *In Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, n.º 214.
- MOREIRA, Vital. **Constituição e revisão constitucional**. Lisboa: Editorial Caminho, 1980.
- MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- _____. Neoconstitucionalismo e jurisdição constitucional, *In Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*. n.º 05, jan/dez. 2005.
- MULLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. Dez propostas para a reforma do judiciário na republica federativa do Brasil. *In Revista latino-americana de estudos constitucionais*. São Paulo, nº. 04, p. 13/23, jul/dez. 2004.

NAGEL, Robert F. Direito político, política legalista: uma história recente da teoria da questão política. *In Limites do controle de constitucionalidade* / Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (Org), Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

NELSON. William E. **Marbury v. Madison: the origins and legacy of judicial review**. University Press of Kansas, 2000.

NERY JR., Nelson. Recursos na ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade – apontamentos sobre os recursos na LADIn (L 9.868/99). *In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. Eduardo Arruda Alvim, Nelson Nery Junior e Teresa Wambier (Coord.), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NEUMANN, Ulfried. Positivismo, realismo e moralismo jurídicos no debate sobre a contribuição do direito penal para a transição de sistemas políticos, *In Justiça de transição no brasil: direito, responsabilização e verdade*. Lauro Joppert Swensson Junior ... [et. al.], São Paulo: Saraiva, 2010.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988

_____. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. **Direitos fundamentais e arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. Jurisprudência vinculante no direito norte-americano e no direito brasileiro, *In Revista de processo*. Editora Revista dos Tribunais, n.º 161, Ano 33, julho 2008.

NOGUEIRA, Gustavo Santana; MONTEZ, Marcus Vinicius Lopes. A súmula vinculante 10: tautologia ou inovação? *In Revista de Processo*. Editora Revista dos Tribunais, n.º 173, a 34, jul./2009. p. 232-259.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações jurídicas processuais. *In Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Fredie Didier (Org.), Salvador: JusPodium, 2010, Vol. 2.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito**. Coimbra: Coimbra, 1987.

- NUNES, Castro. A tarefa do supremo tribunal. *In Revista Forense*, n.º 99, Rio de Janeiro. p; 606-610.
- ODAHARA, Bruno Períolo. Um rápido olhar sobre o *stare decisis*, *In A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR* / Coordenador Luiz Guilherme Marinoni, Salvador: JusPodium, 2010.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Garantia do contraditório**. *In* Garantias constitucionais do processo civil, 1ª ed., 2ª tir., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *In Processo e constituição*. Organizador Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes. O interesse em recorrer nos recursos extraordinário e especial retidos, instituídos pela Lei 9.756/98, *In Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Série Aspectos polêmicos e atuais dos recursos, v.4. Coordenadores Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Wambier, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. **Recurso especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro, *In Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*. Curitiba: Imprensa Oficial do Estado, ano 11, n.º 6, dez. 1997. p. 113-134.
- OLIVEIRA, Pedro Miranda. A (in)efetividade da súmula vinculantes: a necessidade de medidas paralelas, *In Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n.º 45/2004* / Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier ... [et. al.], São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- OLIVEIRA, Robson Carlos de. O princípio constitucional da razoável duração do processo, explicitado pela EC 45, de 08.12.2004, e sua aplicação à execução civil: necessidade de que poder judiciário através dessa norma-princípio flexibilize as regras jurídicas e passe a aplicá-las, garantindo um efetivo e qualificado acesso à justiça, *In Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n.º 45/2004* / Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier ... [et. al.], São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- OLIVEIRA, Rosiska Darcy de. **Reengenharia do tempo**, Rio de Janeiro: Rocco, 2003.
- OST, François. **O tempo do direito**. Traduzido por Maria Fernanda de Oliveira: Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
- OTERO, Paulo. **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional**. Lisboa: Lex, 1993.

- PAGANINI, Juliana Marcondes. A segurança jurídica nos sistemas codificados a partir de cláusulas gerais. *In A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR* / Coordenador Luiz Guilherme Marinoni, Salvador: JusPodium, 2010.
- PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- PANSIERI, Flávio. Condicionantes à sindicabilidade dos direitos sociais. *In Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos* / Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima (org.), Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PASSOS, J.J. Calmon de. **Súmula vinculante**. *In Revista do Tribunal Regional da 1ª Região*, v. 9, n.º 1, p. 163-176, jan-mar. 1997.
- PETERS, Christopher J. Foolish consistency: on equality, integrity and justice in stare decisis. *In The Yale Law Journal*. Vol. 105, p. 2.031-2115.
- PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Organizador e revisor técnico da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais**. São Paulo: Malheiros, 2010.
- PINHEIRO, Claudia Tran Pitta. A Lei n.º 9.868/99 e o sistema de controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, *In Processo e constituição*. Organizador Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- PINTO, Nelson Luiz. **Recurso especial para o STJ**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- PIOVESAN, Flávia. Reforma do judiciário e direitos humanos. *In Reforma do judiciário analisada e comentada*. Coordenadores André Ramos Tavares, Pedro Lenza e Pietro de Jesús Lora Alarcón, São Paulo: Editora Método, 2005.
- POLICHUK, Renata. Precedente e segurança jurídica. A previsibilidade. *In A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR* / Coordenador Luiz Guilherme Marinoni, Salvador: JusPodium, 2010.
- PORTES, Maira. Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de *commow Law*. *In A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR* / Coordenador Luiz Guilherme Marinoni, Salvador: JusPodium, 2010.

- PORTO, Sérgio Gilberto e USTARROZ, Daniel. **Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da constituição federal**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.
- POZZOLO, Suzanna, Un constitucionalismo ambiguo. *In* **Neoconstitucionalismo(s)**. CARBONELL, Miguel (org.). Madrid: Editorial Trotta, 2003, pp. 187-210.
- PRADO, Rodrigo Murad do. **A participação popular no controle abstrato de constitucionalidade: amigo da corte**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2010.
- RAMOS, Glauco Gumerato. Repercussão geral na teoria dos recursos: juízo de admissibilidade – algumas observações. *In* **Reforma do Judiciário: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência**. SILVA, Bruno Freire e; MAZZEI, Rodrigo (Coords.). Curitiba: Juruá, 2006.
- RAMOS, Saulo. **Código da vida**. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- RAZZAQUE, Jona. Changing role of friends of the court in the internacional courts and tribunals. *In* **Not-State Actors and Internacional Law**. Netherlands : Kluwer Law Internacional, n.º 1, 2002.
- RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; e, BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O contexto da reforma processual civil. *In* **A nova execução de títulos judiciais: comentários à lei 11.232/05**. Coordenação Sérgio Renault e Pierpaolo Bottini, São Paulo: Saraiva, 2006.
- RIBEIRO, Gustavo Henrique Zacharias. O tribunal constitucional espanhol e o recurso de amparo. *In* **Estudos de direito constitucional comparado**, Coordenadores Maria Garcia e José Roberto Neves Amorim, Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
- RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. **Direito e processo: razão burocrática e acesso à justiça**. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- ROBBINS, Josh. False friends: amicus curiae and procedural discretion in WTO appeals under the hot-rolled lead/asbestos doctrine. *In* **Harvard Internacional Law Journal**. v. 44, 2003. pp. 317-329.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. A reforma do poder judiciário, *In* **Revista de direito administrativo**. n.º 211, janeiro-março 1998, Editora Renovar, p. 95-116.

- _____. Mudanças sociais e mudanças constitucionais. *In* **Constitucionalismo social: estudos em homenagem ao Ministro Marco Aurélio Mendes de Faria Mello**. Jane Granzotto Torres (Org.), São Paulo : LTr.
- RODRIGUES NETO, Nelson. As alterações das hipóteses de cabimento dos recursos extraordinário e especial promovidas pela EC 45, de 08.12.2004, *In* **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. Coordenadores Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006 [Série aspectos polêmicos e atuais dos recursos, v. 10].
- ROSA, Alexandre Moraes, **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- ROSAS, Roberto. **Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil**. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- _____. Jurisdição constitucional na europa e nos estados unidos: paradoxos e contrastes, *In* **Limites do controle de constitucionalidade** / Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (Org), Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.
- SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SACCO, Rodolfo. **Introdução ao direito comparado**. Trad. Véra Jacob de Fradera, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- SAMPAIO, José Adaércio Leite. **Discurso de legitimidade da jurisdição constitucional e as mudanças legais do regime de constitucionalidade no Brasil**. *In* O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99, Organizador Daniel Sarmento, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.
- SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo, *In* **Neoconstitucionalismo(s)**. CARBONELL, Miguel (org.). Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- _____. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003
- SANTANA, Izaías José. **Controle concentrado de constitucionalidade: efeitos das decisões e vinculação do poder judiciário**. Porto Alegre: Fabris, 2008.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum. A ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. 2ª ed., São Paulo: Cortez, 2000. v. 1.

- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica, *In Constituição e segurança jurídica*. Coordenação de Cármen Lúcia Antunes Rocha, Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. 1ª ed., 3ª tiragem, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.
- SATO, Priscila Kei. O instituto nacional da propriedade industrial nas ações de nulidade e de adjudicação: parte ou assistente? *In Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. Coordenadores Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- SCAFF, Fernando Facury e MAUÉS, Antonio G. Moreira. A trajetória brasileira em busca do efeito vinculante no controle de constitucionalidade. *In Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a ec n.º 45/2004* / coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier... [et. aL.], São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.
- _____. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais, *In Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Organizador Daniel Sarmento, Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2005.
- _____. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo, *In Crítica Jurídica*, Revista Latinoamericana de política, filosofía y derecho, n.º 24, 2005.
- SCHMITT, Carl. **La Defensa de la Constitución**. 2ª ed., Madrid: Tecnos, 1998.
- _____. **O guardião da constituição**. Tradutor Geraldo de Carvalho, Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SEGADO, Francisco Fernández. El recurso de amparo como vía de articulación funcional y, a la par, de generación de conflictos entre el tribunal constitucional y el complejo orgánico del poder judicial en España, *In Revista de direito constitucional e internacional – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. Editora Revista dos Tribunais, n.º 49, Ano 12, out-dez. 2004.
- SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos do direito, Vol. 1, Reserva do possível**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2010.
- SHIMURA, Sérgio Seiji. Súmula vinculante. *In Linhas mestras do processo civil: comemoração dos 30 anos de vigência do CPC*. Coordenação Hélio Rubens Batista Ribeiro Costa, José Horácio Halfed Rezende Ribeiro e Pedro da Silva Dinamarco, São Paulo: Atlas, 2004.

SILVA, Carlos Augusto. **O processo civil como estratégia de poder: reflexo da judicialização da política no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Corte constitucional, equilíbrio de poderes e proteção da cidadania. *In Anais da XVIII conferência nacional dos advogados - cidadania, ética e estado*. Salvador, Brasília: Conselho federal da ordem dos advogados do Brasil, 2003.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 23ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, José Anchieta da. **A súmula de efeito vinculante amplo no direito brasileiro**. 1ª ed., 2ª tiragem, Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA, Lucas Cavalcanti da. Controle difuso de constitucionalidade e o respeito aos precedentes do STF. *In A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR* / Coordenador Luiz Guilherme Marinoni, Salvador: JusPodium, 2010.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. A função dos tribunais superiores, *In Sentença e coisa julgada (ensaio e pareceres)*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

_____. Eficácias da sentença e coisa julgada, *In Sentença e coisa julgada (ensaio e pareceres)*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro : Forense, 2004.

SILVA, Paulo Sérgio da. **A Constituição brasileira de 10 de novembro de 1937: um retrato com luz e sombra**. São Paulo: Editora Unesp, 2008.

SLAIBI FILHO, Nagib. Breve história do controle de constitucionalidade. *In 20 anos da constituição brasileira* / coordenação Eduardo Ribeiro Moreira e Marcio Pugliesi, São Paulo: Saraiva, 2009.

SOARES, Fabiana de Menezes. A redefinição do estado através da participação popular na administração pública: necessidade, instrumentos e papel do município, *In Revista de direito administrativo aplicado*. Curitiba, ano 3, n.º 10, jul-set. 1996.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law: introdução ao direito dos EUA**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

- SOTELO, José Luis Vásquez. A jurisprudência vinculante na “commow law” e na “civil law”, *In XVI Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual*. Brasília, 1988.
- SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. Umas poucas palavras sobre o direito à vida, *In Direito fundamental à vida*. Coordenação Ives Gandra da Silva Martins, São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- SOUZA NETO, Claudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.
- SPENGLER, Fabiana Marion. **Tempo, direito e constituição: reflexos na prestação jurisdicional do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- STENDARDI, Gian Galeazzo. **La corte costituzionale: Il giudizio di legittimità costituzionale delle leggi**. 2ª ed., Milano: Dott. A. Giuffrè, 1957.
- STRECK, Lênio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro – eficácia, poder e função**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- _____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000.
- _____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- _____. A “repercussão geral das questões constitucionais” e a admissibilidade do recurso extraordinário: a preocupação do constituinte com as “causas irrelevantes”. *In Comentários à reforma do poder judiciário*. Coordenação Walber de Moura Agra, Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- _____. **O que é isso – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. Punição para os crimes da ditadura militar: contornos do debate, *In Justiça de transição no brasil: direito, responsabilização e verdade*. Lauro Joppert Swensson Junior ... [et. al.], São Paulo: Saraiva, 2010.
- TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- _____. Repercussão geral em recurso extraordinário: nota sobre sua regulamentação. *In Revista Dialética de Direito Processual Civil*. São Paulo, vol. 54, set. 2007.

- TAVARES, André Ramos. Perfil constitucional do recurso extraordinário. *In Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil: recurso extraordinário e arguição de descumprimento de preceito fundamental*/organizadores: André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg, Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- _____. **Recurso extraordinário: modificações, perspectivas e proposta**, *In* Linhas mestras do processo civil. Organizadores Hélio Rubens Batista Ribeiro Costa, José Horácio Halfed Rezende Ribeiro e Pedro da Silva Dinamarco, São Paulo: Atlas, 2004.
- _____. **Reforma do judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a justiça: comentários completos à emenda constitucional n.º 45/04**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. A repercussão geral no recurso extraordinário. *In Reforma do judiciário: analisada e comentada* / coordenação André Ramos Tavares... [et. aL.], São Paulo: Editora Método, 2005.
- _____. **Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à lei 11.417, de 19.12.2006**. São Paulo: Editora Método, 2007.
- _____. **Curso de direito constitucional**, 7ª ed., rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2009.
- TEIXEIRA, A.. **Decisão liminar: a judicialização da política no Brasil**. Brasília: Plano Editora, 2001.
- TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. Alguns reflexos da emenda constitucional 45, de 08.12.2004, sobre o processo civil, *In Revista de Processo*. n.º 124, ano 30, junho de 2005.
- _____. Alguns reflexos da emenda constitucional n.º 45, de 08.12.2004, sobre o processo civil. *In A reforma do poder judiciário* / coordenação Fábio Cardoso Machado... [et. aL.], São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- _____. Repercussão geral no recurso extraordinário (Lei n.º 11.418) e súmula vinculante do supremo tribunal federal (Lei n.º 11.417), *In Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, n.º18, maio/jun. 2007. p. 5-32.
- TICIANELLI, Maria Fernanda Rossi. **Princípio do duplo grau de jurisdição**. Curitiba: Juruá, 2005.
- TIMM, Luciano Benetti; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. As recentes alterações legislativas sobr os recursos aos tribunais superiores: a repercussão

geral e os processos repetitivos sob a ótica da *law and economics*. In **Revista de Processo**. Revista dos Tribunais, n.º 178, ano 34, dezembro/2009.

TOSTES, Natascha Nascimento Gomes. **Judiciário e segurança jurídica: a questão da súmula vinculante**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

TREMPS, Pablo Perez. La justicia constitucional en la actualidad. In **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n.º 1, jan./jun., São Paulo: Editora Método, 2003.

TRIBE, Laurence T. **American constitutional law**. 3ª ed., New York: Foundation Press, 2000.

TUSHNET, Mark. Ceticismo sobre o judicial review: uma perspectiva dos estados unidos, In **Limites do controle de constitucionalidade** / Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (Org), Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

VAINER, Bruno Zilberman. A influência do sistema romano-germânico e do sistema de *commow law* no direito brasileiro, In **Estudos de direito constitucional comparado**. Coordenadores: Maria Garcia e José Roberto Neves Amorim, Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIADÉL, Antonio Colomer. **Constitución, estado y democracia em el siglo XXI**. 2ª ed., Valencia: Editorial Nomos, 2003.

VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de niklas luhman**. São Paulo: Saraiva, 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal – jurisprudência política**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

VIEIRA, Renato Stanzola. **Jurisdição constitucional brasileira: os limites de sua legitimidade democrática**. São Paulo: Renovar, 2008.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. A reforma do judiciário e as súmulas de efeitos vinculantes. In **Reforma do judiciário: analisada e comentada** / coordenação André Ramos Tavares... [et. al.], São Paulo: Editora Método, 2005.

VIRILIO, Paul. **A inércia polar**. Dom Quixote (Coleção Ciência Nova), 1993.

YARSHELL, Flávio Luiz. A reforma do judiciário e a promessa de "duração razoável do processo". Reforma do Judiciário. In **Revista do Advogado – AASP**, n.º 75, a. XXIV, abr. 2004.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.

_____. *O judicial review e as condições da democracia*, In **Limites do controle de constitucionalidade** / Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (Org), Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ZAFARONI, Eugenio Raul. **Poder judiciário: crises, acertos e desacertos**, Trad. Juarez Tavares, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

ZANETTI JR., Hermes. **Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ANEXO. RE e AI - % Distribuição:
Percentagem de RE e AI em relação aos processos distribuídos - 1990 a 2010*

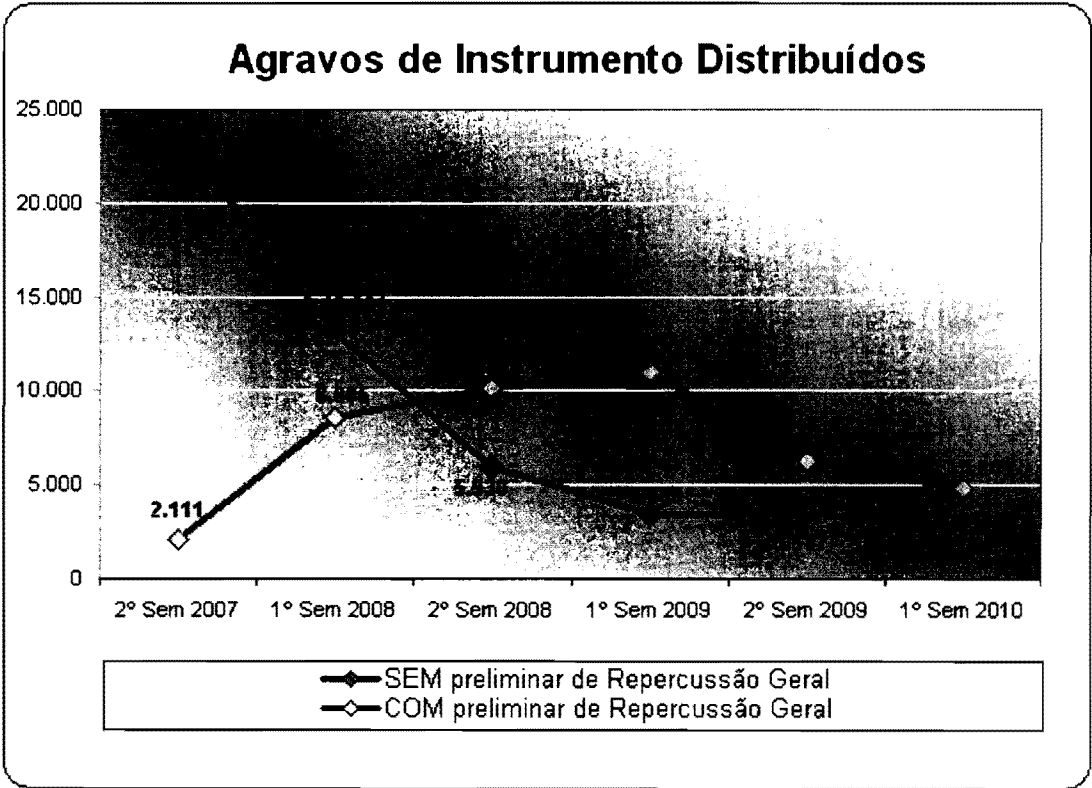
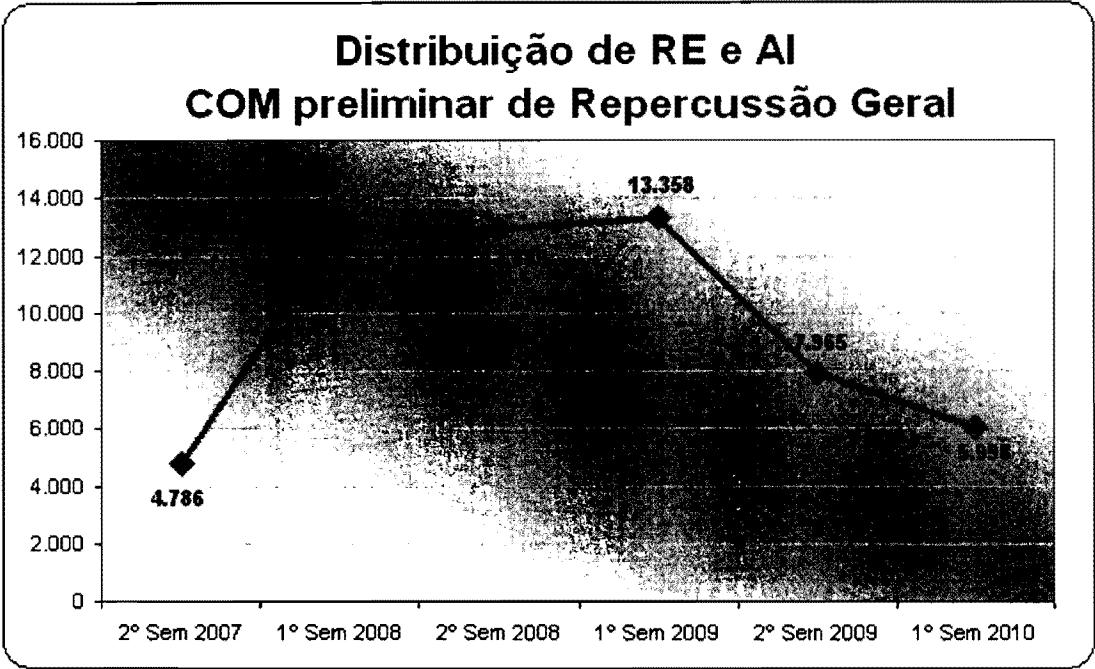
Ano	2008	2009	2010*	2011	2012	2013
Total Processos Distribuídos	66.873	42.729	12.445			
AI Distribuídos	37.783	24.301	7.348			
% AI / Relação Processos Distribuídos	56,5	56,9	59,0			
RE Distribuídos	21.531	8.348	2.136			
% RE / Relação Processos Distribuídos	32,2	19,5	17,2			
SOMA RE + AI	59.314	32.649	9.484			
% AI + RE / Relação Processos Distribuídos	88,7	76,4	76,2			

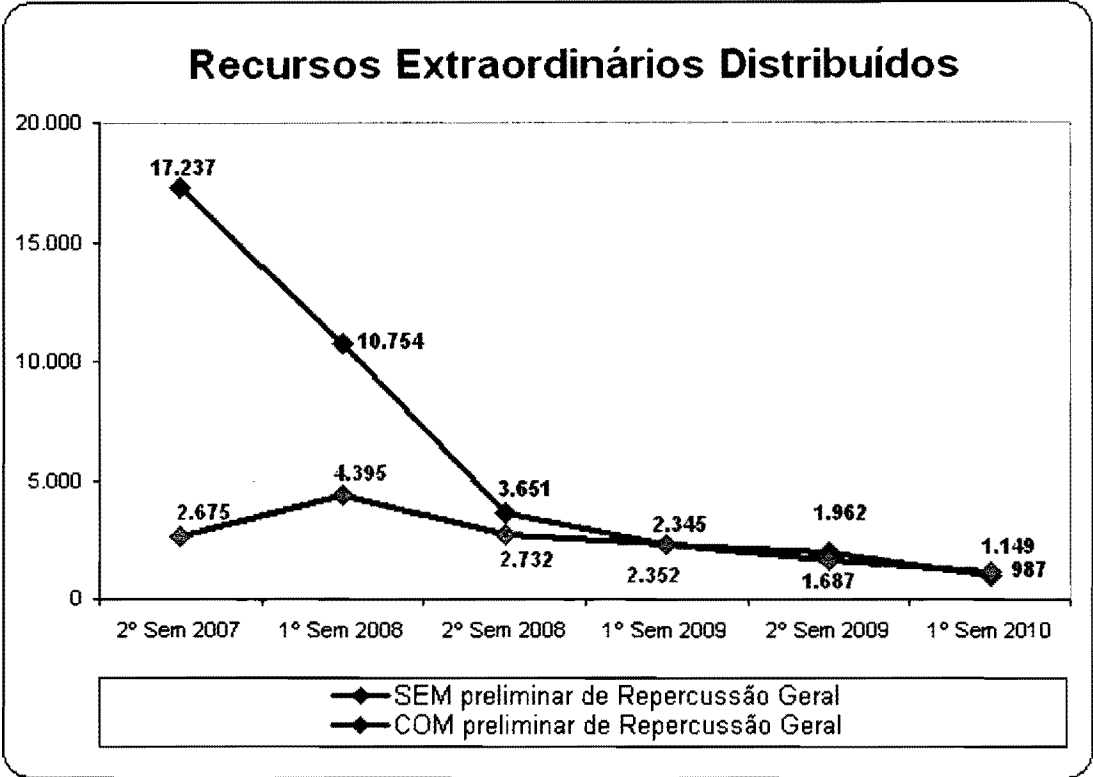


Ano	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Total Processos Distribuídos	87.313	109.965	69.171	79.577	116.216	112.938
AI Distribuídos	50.218	62.519	38.938	44.691	56.141	56.909
% AI / Relação Processos Distribuídos	57,5	56,9	56,3	56,2	48,3	50,4
RE Distribuídos	34.719	44.478	26.540	29.483	54.575	49.708
% RE / Relação Processos Distribuídos	39,8	40,4	38,4	37,0	47,0	44,0
SOMA RE + AI	84.937	106.997	65.478	74.174	110.716	106.617
% AI + RE / Relação Processos Distribuídos	97,3	97,3	94,7	93,2	95,3	94,4

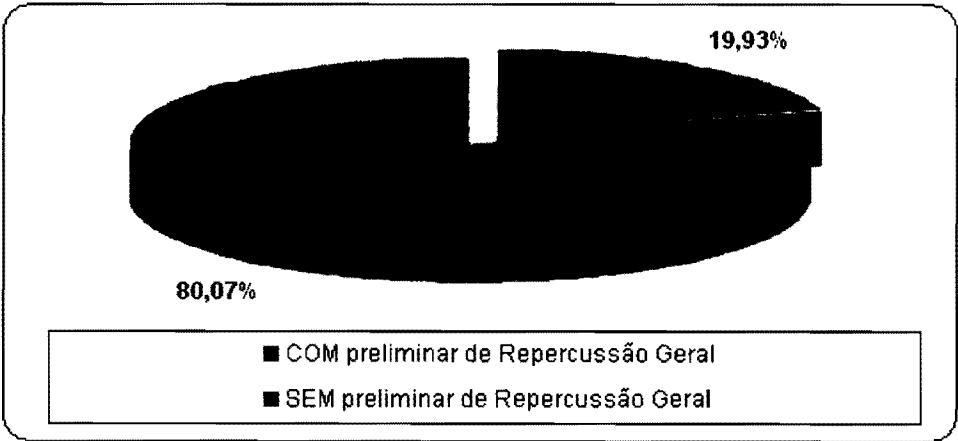
Ano	1996	1997	1998	1999	2000	2001
Total Processos Distribuídos	23.883	34.289	50.273	54.437	90.839	89.574
AI Distribuídos	12.303	16.863	26.168	29.677	59.236	52.465
% AI / Relação Processos Distribuídos	51,5	49,2	52,1	54,5	65,2	58,6
RE Distribuídos	9.265	14.841	20.595	22.280	29.196	34.728
% RE / Relação Processos Distribuídos	38,8	43,3	41,0	40,9	32,1	38,8
SOMA RE + AI	21.568	31.704	46.763	51.957	88.432	87.193
% AI + RE / Relação Processos Distribuídos	90,3	92,5	93,0	95,4	97,4	97,3

Ano	1990	1991	1992	1993	1994	1995
Total Processos Distribuídos	16.226	17.567	26.325	23.525	25.868	25.385
AI Distribuídos	2.465	5.380	7.838	9.345	8.699	11.803
% AI / Relação Processos Distribuídos	15,2	30,6	29,8	39,7	33,6	46,5
RE Distribuídos	10.780	10.518	16.874	12.281	14.984	11.195
% RE / Relação Processos Distribuídos	66,4	59,9	64,1	52,2	57,9	44,1
SOMA RE + AI	13.245	15.898	24.712	21.626	23.683	22.998
% AI + RE / Relação Processos Distribuídos	81,6	90,5	93,9	91,9	91,6	90,6



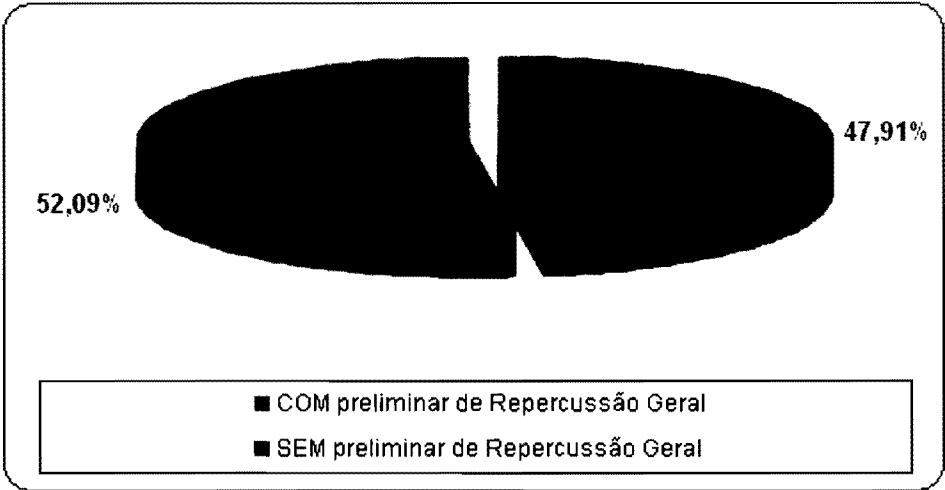


	COM preliminar de Repercussão Geral	SEM preliminar de Repercussão Geral	Total
Qtde.	6.363	25.561	31.924



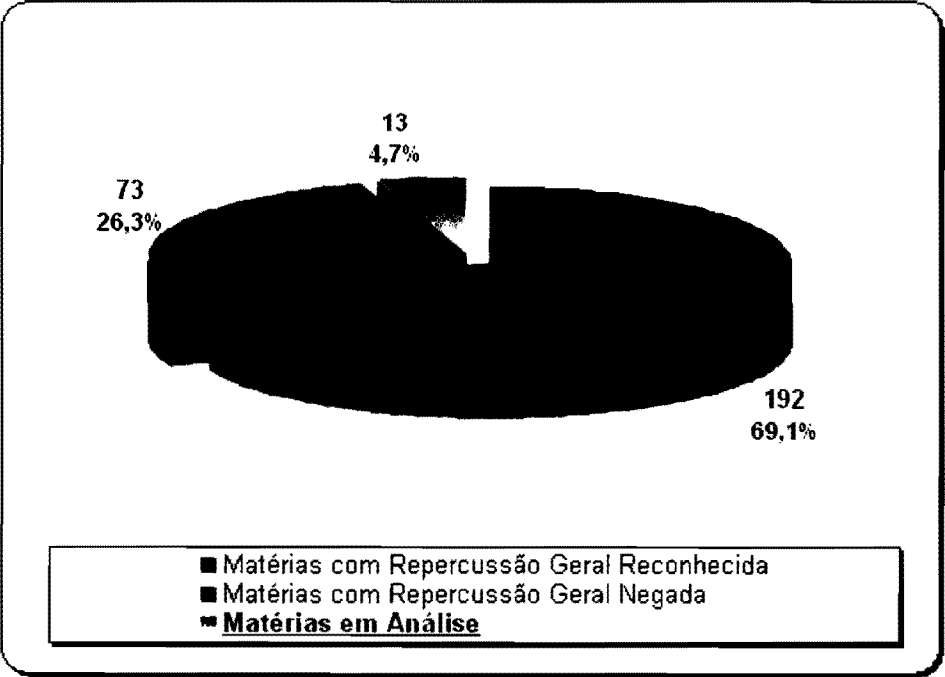
Atualizado em 03/05/2010

	COM preliminar de Repercussão Geral	SEM preliminar de Repercussão Geral	Total
Qtde.	23.844	25.923	49.767

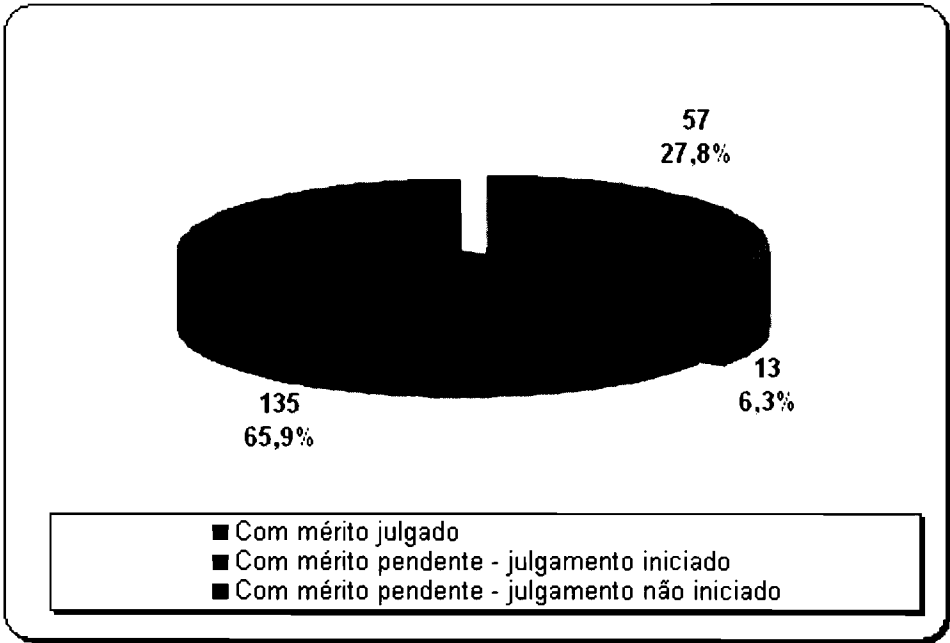


Atualizado em 03/05/2010

AI e RE	2007	2008	2009	2010	Total
Distribuídos com preliminar de RG	4.785	25.888	21.323	5.450	57.446
Decisão de Preliminar de RG	19	125	97	25	266
Decisão de Mérito	0	26	29	2	57



Com mérito julgado	<u>Jurisprudência assentada</u>	40	57
	<u>Jurisprudência reafirmada por QO</u>	17	
Com julgamento de mérito pendente	<u>Julgamento Iniciado</u>	13	148
	Julgamento não iniciado	135	
Total		205	



*Dados de 2010 atualizados até 30 de abril.
Fonte: Portal de Informações Gerenciais do STF.